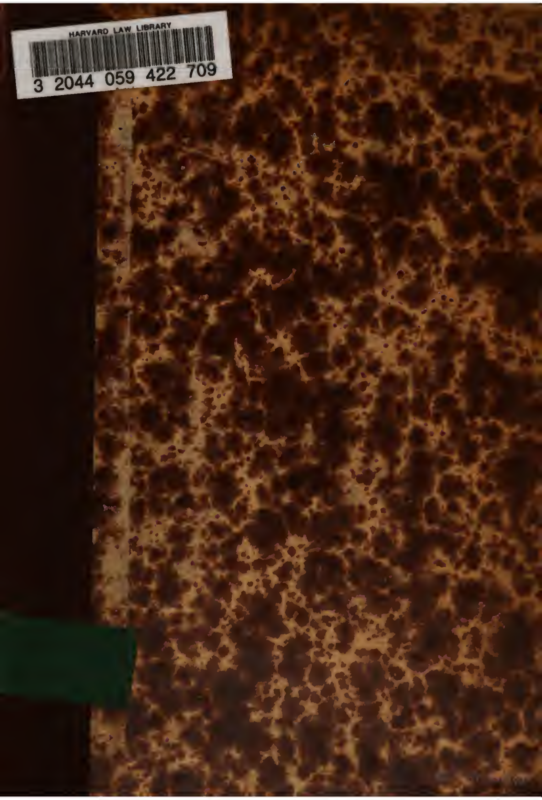

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 422 709


ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
SIGILLVM
VE RI TAS
ET





Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung

der

Kantone Bern, Aargau, Solothurn und Luzern.

Unter Mitwirkung mehrerer schweizerischer Juristen

herausgegeben

von

K. G. König,

Professor des Rechts.

Achter Band.

Jahrgang 1872/73.

Bern.

Druck und Expedition der Stämpflischen Buchdruckerei.

1873.

Inhaltsverzeichniß.

Abhandlungen.

Rechtsprechung des Kantons Bern.

I. Alter Kantonstheil.

A. Civilrecht.

1. Personenrecht.

2. Dingliches Sachenrecht.

3. Erbrecht.

4. Obligationenrecht.

5. Wechselrecht.

B. Ordentlicher Civilproceß.

C. Vollziehungsverfahren.

II. Jura bernois.

III. Urtheile des Richteramtes Bern.

IV. Kanton Luzern.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts.

V. Kanton Aargau.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts.

VI. Kanton Solothurn.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts.

VII. Bundesrath.

VIII. Genf.

IX. Literarische Anzeigen.

Renaud, Dr., A., Lehrbuch des gem. d. Civilprocesses, 1873, S. 192.
Puchelt, Dr., E. S., Commentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch, S. 223.
Riggeler, R., Gedichte, S. 224.
Frank, Dr., W., Die Landgrafschaften des heil. röm. Reichs, 1873, S. 287.
Förster, Dr., Frz., Preußisches Grundbuchrecht, 1872, S. 288.
Jhering, Kampf um's Recht, 1872, S. 288.
Gerichtssaal XXV., 1., S. 384.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 1.

Juli 1872.

An den Leser.

Indem die Unterzeichnete die erste Nummer des neuen Jahrganges an ihre Abonnenten versendet, ladet sie sie gleichzeitig ein ihr das bisherige Wohlwollen zu bewahren und durch Abonnementserneuerung praktisch zu bethätigen. Die Zeitschrift wird wie bisher das Organ bilden für die Kantone Bern, Solothurn, Luzern und Aargau und neben den trefflichen Kräften, welche bisher aus den Kantonen Solothurn und Luzern mitwirkten, gelang es der Redaktion, auch für Aargau eine ausgezeichnete und bewährte Kraft in Herrn Oberrichter Schneider zu gewinnen. Mit Bezug auf den Kanton Bern wurde insoferne eine Aenderung getroffen, als die bloßen Uebersichten durch ausführlichere Mittheilungen ersetzt werden sollen, wodurch einem längst gefühlten Bedürfniß abgeholfen und oft ausgesprochenen

Wünschen Rechnung getragen wird. Ferner wird sich die Redaktion wie bisher erlauben, einzelne Urtheile mit kritischen Noten zu begleiten, wenn sie findet, daß sie mit der Theorie in allzu grellem Widerspruche sich befinden. Ebenso wird sie fortfahren, auf neuere Erscheinungen der juristischen Litteratur aufmerksam zu machen und dem Praktiker aus der großen Menge der erscheinenden Bücher die vorzüglichsten zu signalisiren. Die Herren Abonnenten aber werden ersucht, auch ihrerseits der Redaktion an die Hand zu gehen durch Einsendung interessanter Urtheile ihrer Richterämter oder Amtsgerichte.

Bern, den 12. August 1872.

Die Redaktion:

Prof. **K. G. König.**

Ueber das Vorrecht des jüngsten Sohnes.

Einem uns gütigst mitgetheilten Gutachten über die Frage „ob ein Vater durch letztwillige Verfügung über seinen Hof dem jüngsten Sohne die Ausübung des ihm durch S. 545 C. zugesicherten Vorrechtes unmöglich machen könne" entnehmen wir nachfolgende Ausführungen.

Das Vorrecht des jüngsten Sohnes auf das älterliche Säßhaus und Hof ist uralt. Sein Ursprung geht in das Dunkel des frühern Mittelalters zurück. Wahrscheinlich hat der deutsche Stamm, welcher bei der Völkerwanderung unser Land in Besitz nahm, es aus seinen Ursitzen herübergebracht. Im Jahr 1316 und zwar am Freitag vor unserer Frauen-Tag zu Lichtmeß, nehmen Schultheiß, Räth und Burger das Institut als eine „alte Harkommenheit" in ihr Stadtrecht auf. Dasselbe hat also einen mehr als sechsthalbhundertjährigen gesetzlichen Bestand. Als

„Gewohnheitsrecht" oder als „alte Harkommenheit" muß es wenigstens ein gleiches Alter haben. Durch Gesetz und Sitte geheiliget hat es sich bis auf den heutigen Tag erhalten.

Den Entstehungsgrund des Vorrechts hat man auf verschiedenartige Weise zu erklären versucht. Die natürlichste, der historischen Wahrheit am meisten entsprechende, Erklärung scheint die folgende zu sein. Es war von jeher eine Eigenthümlichkeit der germanischen Völkerschaften, daß die einzelnen Familien lieber auf einsamen, abgeschlossenen Höfen als in Dörfern wohnten, und daß da, wo Dörfer waren (Städte waren unbekannt), die Häuser nicht aneinander gebaut, sondern vereinzelt standen, und jedes derselben einen sogenannten Umschwung hatte. Einen solchen abgeschlossenen Hof, der für sich in gewissem Sinne ein unabhängiges Ganzes bildete, nannten unsere Voreltern in ihrer tiefen Gemüthlichkeit und bei gleichzeitig sehr scharf ausgeprägtem individuellem Unabhängigkeitssinn „Heimath", eine Bezeichnung, die sich unter unsern Landleuten bis auf den heutigen Tag erhalten hat. Diese „Heimath" war ihr Vaterland im engern Sinne, das sie vor allem liebten. Nach ihren Anschauungen und Begriffen war ein solcher Hof nur im Fall der dringendsten Noth theilbar, er sollte sich ordentlicher Weise unvertheilt im Mannsstamm der Familie fortvererben, und dieses konnte nur geschehen, indem man ihn **Einem** der Söhne zuwendete. Und nach der Alten Ansicht schien der jüngste Sohn den meisten Anspruch auf die Erwerbung des väterlichen Hofes zu haben, wahrscheinlich, weil man von der Voraussetzung ausgieng, daß beim Absterben der Aeltern die ältern Söhne sich bereits anderwärts einen eigenen Hausstand gegründet haben. Der älterliche Hof fiel aber dem jüngsten Sohn nicht unentgeldlich zu, sondern dieser mußte dafür nach dem „uralten Harkommen" seinen Theilsgenossen (wie die Verordnung von 1316 sich ausdrückt) „billiche Ersatzung" leisten.

So fanden Schultheiß, Räth und Burger diese „alte Harkommenheit“, als sie dieselbe im Jahr 1316 in ihr Stadtrecht aufnahmen. *) Und sie hatten hiefür gute Gründe. Einerseits hatten sie sich damals schon die vier Kirchspiele Muri, Vechigen, Stettlen und Bolligen zugelegt und anderseits viele, im Lande zerstreut, auf ihren Höfen wohnhaft gebliebene Burger, sogenannte Ausburger, erworben, und sowohl jene Gemeinden als diese Burger mußten einen hohen Werth darauf setzen, bei ihrer „alten Harkommenheit“ geschützt zu werden, was eben nur durch die Aufnahme des Herkommens, d. h. des Gewohnheitsrechtes in das geschriebene Bernische Stadtrecht möglich war.

Als das Bernische Gemeinwesen im Lauf der nächsten zwei Jahrhunderte an territorialem Umfang immer mehr zunahm und nun auf agrikoler Grundlage — der natürlichsten, festesten und die längste Dauer versprechenden — emporblühte, war das Augenmerk der Obrigkeit darauf gerichtet, den sogenannten Bauernstand, das heißt diejenigen, welche als Eigenthümer das Land bebauten, als die Grundkraft des Staates, auf jegliche Weise zu heben, und ihn vor sittlichem und materiellem Verfall zu bewahren. Vor dem sittlichen Verfall schützte sie ihn dadurch, daß sie, besonders seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts, gegen ein geringes Loskaufsgeld auf seine persönliche Freiwerdung hinarbeitete, vor dem materiellen dadurch, daß sie die allzugroße Zerstückelung der Güter auf geeignete Weise zu verhindern suchte. Als eines der natürlichsten und wirksamsten Mittel zu diesem Zweck stellte sich ihr das Vorrecht des jüngsten Sohnes auf den älterlichen Hof dar. Ihr schien für das Gedeihen und das Heil der Republik

*) Der Handfeste, als den rein städtischen Statuten von Freiburg im Breisgau nachgebildet, war das Vorrecht des jüngsten Sohnes, als aus agrarischen Verhältnissen hervorgegangen, unbekannt geblieben.

weder der Großgrundbesitz in der Hand einiger Wenigen, noch die sogenannte Zwergwirthschaft wünschenswerth. Deßhalb hielt sie denn auch bei allen vier großen Gesetzgebungs-Revisionen von 1539, 1614, 1761 und 1827 das Vorrecht des jüngsten Sohnes aufrecht, das letzte Mal in der bestimmt ausgesprochenen Absicht, dadurch der allzu großen Verstücklung des Grundbesitzes und der in ihrem Gefolge eintretenden Verarmung des Landvolkes entgegen zu wirken. (Siehe den Vorbericht zu dem Entwurf des Gesetzbuches über das Sachenrecht, so wie die Anmerkung des Gesetzes-Redaktors, Professor's Samuel Schnell, zu Satzung 545 des Civilgesetzbuches.)

Schon in der ersten Verordnung von 1316 war das Vorrecht auf den jüngsten Sohn beschränkt und so blieb es in den Gesetzes-Revisionen von 1539 und 1614. Die Gerichtssatzung von 1761 dehnte das Vorrecht auf die Töchter des jüngsten Sohnes aus. Die Gesetzgebung von 1827 kehrte aber zum frühern Rechte zurück.

Das Vorrecht war nie ein unentgeldliches gewesen; von jeher sollte dafür „billige Ersatzung" an die Theilsgenossen geleistet werden. Bisweilen mochten aber hiebei Unbilligkeiten besonders gegenüber den Töchtern des Erblassers unterlaufen. Um nun allen daherigen Ungehörigkeiten für ein und alle Mal den Faden abzuschneiden und sie für die Zukunft unmöglich zu machen, wurde im neusten Civilgesetzbuche festgesetzt, daß der jüngste Sohn den Hof um eine gerichtliche Schatzung an sich ziehen könne, was so viel bedeutete, daß er den **Marktpreis** für Säßhaus und Hof bezahlen müsse, so daß eine Uebervortheilung und Benachtheiligung der andern Miterben fortan unmöglich war.

Nach diesen kurzen historischen Bemerkungen über Ursprung, Natur und Zweck des Institutes ist es nun an der Zeit, die Bestimmungen des gegenwärtig gelten-

den Rechts etwas näher in's Auge zu fassen, sie mit denjenigen verwandter Rechtsmaterien zu vergleichen und dadurch zu beleuchten und die daraus fließenden Folgerungen hervorzuheben.

Das Civilgesetzbuch enthält in Satzung 545 wörtlich folgende Bestimmung: „Sowohl in der Theilung zwischen „der Mutter und den Kindern als in derjenigen der Kinder „unter sich hat der jüngste Sohn des Erblassers für seine „Person das Recht, das Wohnhaus der Eltern, oder wann „dieselben einen Hof hinterlassen, diesen um eine gericht„liche Schatzung an sich zu ziehen."

Dieser Wortlaut ist klar und bestimmt und giebt weder zu Zweifeln noch zu verschiedenartiger Auslegung irgend einen Anlaß.

Zerlegt man die Vorschrift in ihre einzelnen Bestandtheile, so findet man:

a. Dem jüngsten Sohn für seine Person steht das Recht zu. Es ist also ein höchst persönliches Recht. Niemand kann an der Stelle des jüngsten Sohnes dasselbe geltend machen, und er kann deßhalb dasselbe auch nicht gültig veräußern.

b. Gegenstand des Rechts ist das elterliche Säßhaus oder Wohnhaus, und wenn die Eltern einen Hof hinterlassen, auch dieser. Darunter versteht man den Inbegriff von Gebäuden, Grundstücken und Rechtsamen (in Holz und Feld), die ein landwirthschaftliches Ganzes ausmachen und als solches von den Eltern bewirthschaftet und benutzt worden sind. Der Umstand, daß die Eltern den Hof ganz oder theilweise in Pacht gegeben, verändert an der **rechtlichen** Natur des Hofes nichts.

c. Der jüngste Sohn zahlt für Wohnhaus und Hof den Marktpreis, der, wenn sich die Betheiligten darüber nicht gütlich vereinbaren, durch eine gerichtliche Schatzung ausgemittelt wird.

Was die juristische Natur des Instituts betrifft, so läßt sich unmöglich verkennen, daß das Recht selbst alle Merkmale eines **Vorrechtes** oder Privilegiums an sich trägt. Es ist ein Privilegium im eminentesten Sinne des Wortes; denn während nach generellem Gesetz alle Kinder auf alle Erbschaftssachen einen gleichen Anspruch haben, erklärt das singuläre Gesetz in Satzung 545, daß der jüngste Sohn, mit Ausschluß aller übrigen Notherben **einzig** Anspruch auf das elterliche Wohnhaus und Hof habe.

Dem Privilegirten steht es frei, das Privilegium geltend zu machen oder darauf zu verzichten. Das Recht ist also für ihn ein fakultatives. Verzichtet der Privilegirte, so fallen Wohnhaus und Hof in die allgemeine Erbschaftsmasse und die Vertheilung geschieht nach den darüber geltenden generellen Vorschriften. Hält aber der jüngste Sohn am Privilegium fest, so kann ihn kein Mensch an der Ausübung desselben verhindern, und er hat bloß den Schatzungswerth in die Erbmasse einzuwerfen.

Das Recht des Sohnes ist also ein absolutes und unbedingtes. Man beachte wohl: Dasselbe ist nicht etwa an die Bedingung geknüpft, daß es erst dann geltend gemacht werden könne, wenn die Eltern nicht auf andere Weise in einer letzten Willensverordnung über Haus und Hof verfügt haben. Im ganzen Gesetzbuche findet man nicht die leiseste Spur, daß der Gesetzgeber den Eltern die Befugniß habe einräumen wollen, dem jüngsten Sohn das Vorrecht zu entziehen und einem andern Kinde Haus und Hof von Todeswegen zuzuwenden. Im Gegentheil! Man begegnet, wie wir sogleich sehen werden, im Gesetzbuche einer Bestimmung, aus welcher der evidente und unwiderlegliche Beweis hervorgeht, daß der Gesetzgeber den Eltern diese Befugniß **nicht** hat geben wollen und sie ihnen auch wirklich nicht gegeben hat.

Im System des Bernischen Erbrechts gehört das Vorrecht des jüngsten Sohnes zu den sogenannten Vorausen, wovon die Satzungen 543, 544 und 545 handeln. Unter diesen Vorausen versteht man das Recht eines Miterben, gewisse Erbschaftsstücke **vor** den übrigen Miterben, sei es unentgeldlich, sei es gegen Ersatz ihres Werthes **voraus** zu erheben. Unter diese Vorause fallen: a) das elterliche Säßhaus und Hof; b) das Heergeräthe des Vaters; c) die Gerade der Mutter. Das Heergeräthe, das heißt, die Waffen, Kleider und Zierrathen des Vaters nebst den Beweglichkeiten, welche zu dessen persönlichem Gebrauch bestimmt gewesen waren, gehören in der Theilung über die väterliche Verlassenschaft den Söhnen und die Gerade der Mutter, das heißt, die Kleider und Zierrathen nebst den Beweglichkeiten, welche zu ihrem persönlichen Gebrauche ausschließend bestimmt gewesen, den Töchtern. (Satzung 543 C.)

In Bezug auf **diese** Art von Vorausen, also in Bezug auf **Heergeräthe** und **Gerade** erklärt nun die Satzung 544, daß der Bestimmung ungeachtet, welche in Satzung 543 enthalten ist, es sowohl dem Vater als der Mutter freigestellt sei, über die in derselben angegebenen Vermögensstücke willkürlich zu verfügen.

Aus dieser Satzung 544 lassen sich in Bezug auf das Vorrecht des jüngsten Sohnes die allerwichtigsten und entscheidendsten Folgerungen ableiten. Wenn das Gesetz in Bezug auf Heergeräthe und Gerade den Eltern ausdrücklich gestattet, der Bestimmung ungeachtet, welche in Satzung 543 über **diese** Art von Vorausen niedergelegt ist, anders und willkürlich zu verfügen, und wenn hinwieder in Bezug auf das Vorrecht des jüngsten Sohnes den Eltern die Befugniß der willkürlichen Verfügung **nicht** eingeräumt ist, so muß man daraus nach den Regeln der Auslegung mit logischer Nothwendigkeit schließen, daß der Gesetzgeber die den Eltern in Bezug auf Heergeräthe und Gerade ertheilte Befugniß der willkürlichen Ver-

fügung in Bezug auf den elterlichen Hof **nicht** habe ertheilen **wollen** und sie ihnen auch wirklich **nicht** ertheilt habe.

Dieses geht noch deutlicher aus der Stellung hervor, in der sich die Vorschrift über Heergeräth und Gerade zu derjenigen über den elterlichen Hof befindet. Wäre es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, den Eltern auch in Bezug auf das Vorrecht des jüngsten Sohnes auf Säßhaus und Hof die gleiche Befugniß einzuräumen, die er ihnen in Bezug auf Heergeräth und Gerade eingeräumt hat, so würde er entweder die Satzungen 543 und 545 als 543 und 544 zusammengestellt und ihnen die Satzung 544 als Satzung 545 haben folgen lassen, in der Art, daß er gesagt hätte, daß der Bestimmungen in den Satzungen 543 und 544 ungeachtet, es den Eltern gestattet sei, sowohl über Heergeräth und Gerade als über Haus und Hof willkürlich zu verfügen, oder aber der Gesetzgeber würde nach Satzung 545 die Vorschrift der Satzung 544 in einer besondern Satzung 546 wiederholt haben. Es liegt also in der Stellung der drei Satzungen 543, 544 und 545 der unwiderlegliche Beweis, daß es der bestimmte Wille des Gesetzgebers gewesen ist, weder dem Vater noch der Mutter zu gestatten, über Säßhaus und Hof von der Satzung 545 abweichende letztwillige Verfügungen zu treffen.

Aus der bisherigen Erörterung geht hervor:

1) Daß der jüngste Sohn ein unbedingtes und unbeschränktes Recht auf das elterliche Säßhaus und Hof hat.

2) Daß weder der Vater noch die Mutter befugt ist, durch eine letzte Willensverordnung dieses Recht dem jüngsten Sohn weder ganz zu entziehen, noch auch nur zu schmälern, dadurch, daß sie z. B. Haus oder Hof allein oder auch nur einzelne Stücke vom Wohnhaus oder vom Hof andern Kindern oder fremden Personen von Todeswegen zuwenden.

Hiegegen macht man einige Einwürfe, welche jetzt noch der Reihe nach einzeln zu prüfen sind.

A. Vor allem aus beruft man sich auf Satzung 553 und meint, kraft derselben dürfe ein Vater beliebig über Haus und Hof verfügen, wenn er es nur so einrichte, daß er **arithmetisch** den dritten Theil seines eigenen freien Vermögens nach Abzug des zugebrachten Gutes und der Schulden nicht überschreite. Um diese Meinung recht drastisch darzustellen und plausibel zu machen, bedient man sich folgenden Beispieles: „Ein Vater besitzt an freiem eigenem „Vermögen Fr. 150,000; er kann also über den dritten „Theil desselben oder über Fr. 50,000 frei verfügen. „Wenn nun sein Hof keinen größern Werth hat, als eben „Fr. 50,000, so versteht es sich wohl von selbst, daß er „denselben infolge seines freien Verfügungsrechts geben „kann, wem er will, sei es einem andern Sohn, einer „Tochter, einem entferntern Verwandten oder gar einer „fremden Person, indem er ja auf diese Weise innerhalb „der Befugniß bleibt, die ihm die genannte Satzung 553 „einräumt."

Ist diese Auslegung des Gesetzes richtig? Wir behaupten, sie ist grundfalsch und zwar aus folgenden Gründen:

1) Es ist oben dargethan worden, daß der jüngste Sohn ein absolutes, unbedingtes und unbeschränktes Recht auf den elterlichen Hof hat, und daß die Eltern und namentlich auch der Vater nicht befugt sind, den Hof von Todeswegen irgend einem andern Kinde zuzuwenden. Ist es nun denkbar, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung der Satzung 553, also fast im gleichen Athemzuge vergessen habe, was er in Satzung 545 verordnet hatte? Ist es denkbar, daß der Gesetzgeber kurz nacheinander in einem und demselben Gesetzbuche, das er auf einmal und gleichzeitig promulgirt und in Kraft gesetzt hat, zwei einander diametral widersprechende, sich gegenseitig aufhebende, Bestimmungen habe erlassen wollen? Das darf nicht angenommen werden!

2) Wenn in einem Gesetzbuche, das wie das unserige ein systematisches Ganzes ausmacht und dessen einzelne Satzungen zu gleicher Zeit Gesetzeskraft erlangt haben, Bestimmungen sich finden, welche einander zu widersprechen, sich gegenseitig auszuschließen scheinen, so gilt als erste Regel der Auslegung, daß man suchen muß, die anscheinend sich widersprechenden Bestimmungen so zu kombiniren, daß sie mit einander im Einklang stehen. In unserm Falle geschieht nun dieses dadurch, daß sowohl das Recht des jüngsten Sohnes auf den elterlichen Hof als die Befugniß des Vaters über den dritten Theil seines eigenen Vermögens zur vollständigen Ausübung kommen. Wie kann dieß geschehen? Auf sehr leichte Art. Der jüngste Sohn hat ein Recht und zwar ein Vorrecht auf die **Species** der elterlichen Verlassenschaft, die man Haus und Hof nennt, und dieses muß man ihm gewähren. Dagegen ist er schuldig, den **vollen** Werth für diese Species in die Erbschaftsmasse einzuwerfen und aus diesem Werth kann nöthigen Falls der dritte Theil des freien Vermögens, worüber der Vater verfügt hat, ergänzt werden. Auf diese Weise combinirt und ausgelegt, widersprechen sich die Satzungen 545 und 553 durchaus nicht; sie stehen friedlich neben einander, und es kommt sowohl das Recht des Vaters als das des jüngsten Sohnes zur vollen Geltung.

3) Diese Auslegung wird unterstützt und bekräftiget durch die andere Interpretations-Regel, daß das singuläre Gesetz dem generellen vorgeht. Der Grund dieser Regel ist handgreiflich, denn wenn das singuläre Gesetz, als Ausnahme, nicht dem generellen vorginge, so könnte es gar nie zur Anwendung kommen. Die singulärsten aller Gesetze sind aber diejenigen, welche Vorrechte (Privilegien) statuiren und unter diese Vorrechte (Privilegien) gehört unstreitig das Recht des jüngsten Sohnes auf den elterlichen Hof, wie denn das Gesetz selbst es in Satzung 545 (Marginalbemerkung) es als solches bezeichnet. Wenn demnach die Satzungen 545 und 553 gar nicht zu ver-

einigen wären, so würde das singuläre Gesetz der Satzung 545 dem generellen Gesetz der Satzung 553 vorgehen, das heißt, die Satzung 545 müßte, abgesehen davon, ob die Satzung 553 mit ihr collidire oder nicht, zur Anwendung kommen; die erstere hätte die Priorität vor der letztern.

B. Ein fernerer Einwurf besteht darin, daß man sagt, es geschehe sehr oft, daß ein Vater in einer letzten Willensverordnung seinem jüngsten Sohn Haus und Hof entziehe, und einem älteren Sohne zuwende, ohne daß jener dagegen klagend auftrete, woraus sich deutlich ergebe, daß dem Vater jenes Verfügungsrecht über Haus und Hof zustehe. Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

1) Nach bernischem Recht bleibt ein Gesetz so lange in Kraft, bis es vom Gesetzgeber selbst aufgehoben oder abgeändert wird. (Satzung 2 des Civilgesetzbuches.) Eine dem Gesetz widersprechende Uebung hebt also dasselbe nicht auf und ändert es auch nicht ab. Ohne daher näher zu untersuchen, ob wirklich eine solche allgemeine Uebung im Lande bestehe — wir müssen es bezweifeln — so kann sie die Satzung 545 nicht aufheben, und ein Vater wird durch sie nicht berechtigt, zu thun, wozu er nach dem Gesetze kein Recht hat. Uebung hebt das geschriebene Recht nicht auf.

2) Wenn es aber auch hin und wieder geschähe, daß ein Vater in einer letzten Willensverordnung dem jüngsten Sohn Säßhaus und Hof entzöge, und daß dieser dagegen nicht klagend aufträte, läge denn darin, daß er duldete, was er nicht zu dulden schuldig wäre, eine Verpflichtung, daß in einem ganz andern Falle und in einer andern Familie unter ganz andern Familien-Verhältnissen und ganz andern persönlichen Vermumständungen der jüngste Sohn die Entziehung des ihm gebührenden Vorrechts ebenfalls schweigend dulden müßte? Es ist diese Art zu argumentiren um so sonderbarer und haltloser, als es ja dem jüngsten Sohn durch das Gesetz selbst freigestellt ist,

ob er sein Recht geltend machen will oder nicht. Wenn er auf das ihm zustehende Vorrecht verzichtet, so hat er dazu individuelle, d. h. in seinen persönlichen Verhältnissen liegende, Gründe, welche ihn dazu bestimmen. Und ein anderer Sohn, bei welchem diese individuellen Bestimmungsgründe zum Verzicht nicht vorliegen, bei dem sich vielmehr alles findet, was ihn zu Geltendmachung des Rechtes antreiben kann, sollte ebenfalls verzichten, bloß weil ein anderer jüngster Sohn verzichtet hat?

C. Der letzte Einwurf endlich, ein jeder Mann, auch ein solcher, der eheliche Söhne habe, könne ungeachtet des Vorrechtes des jüngsten Sohnes auf das väterliche Wohnhaus und Hof darüber in einem Geschäft unter Lebenden frei verfügen, folglich (?) müsse ihm dieß auch in einer Verordnung von Todeswegen gestattet sein, ist bereits durch obige Erörterungen widerlegt, denn wenn der jüngste Sohn auf den elterlichen Hof ein unbedingtes und unbeschränktes Recht hat, und wenn der Vater ihm dieses Recht in einer letzten Willensverordnung nicht entziehen noch auch nur schmälern darf, so fällt der obige Trugschluß von selbst dahin. Der Testator hat seinen Hof nicht unter Lebenden veräußert, sonst wäre dem jüngsten Sohn vor allen andern Zugberechtigten das Zugrecht zugestanden *), und er würde dasselbe wahrscheinlich auch geltend gemacht haben. Der Hof findet sich vielmehr in der Verlassenschaft vor und nach der oft citirten Satzung 545 hat der jüngste Sohn das Vorrecht, ihn um eine gerichtliche Schatzung an sich zu ziehen.

Gegründet auf alle diese Erörterungen hält der Unterzeichnete dafür, der jüngste Sohn könne die letzte Willens-

---

*) Anmerkung der Redaktion. Wir können diese Ansicht nicht theilen, dem jüngsten Sohne steht bei Ausübung des Zugrechtes kein Vorrecht zu vor seinen übrigen Geschwistern, und wenn er zur Zeit der Uebergabe der Kaufsache noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist, so steht ihm kein Zugrecht zu (S. 823 C.).

verordnung seines Vaters als für ihn unverbindlich anfechten, insoweit ihm dadurch die Ausübung des in Satzung 545 C. zugesicherten Vorrechtes auf das väterliche Wohnhaus und den väterlichen Hof unmöglich gemacht wird.

J. K., Fürsprecher.

Pflichtwidriges Verhalten patentirter Advokaten.

Entscheid des Appellations- und Kassationshofes in Sachen Eguet gegen A. Steck, Fürsprecher.

Vom 10. April 1872.

Unterm 5. Juni 1871 reichte Ulysse Eguet dem Richteramte Bern eine Beschwerde ein, in welcher er anbrachte:

Am 11. Januar 1856 habe das Richteramt Bern gegen Louis Meyrat, von S. Immer, gewes. Handelsmann in Bern, den Geltstag verhängt. Zu den Gläubigern desselben habe auch er mit einer Forderung von Fr. 3187. 65 gehört und mit der Besorgung der Eingaben den Fürsprecher Steck beauftragt, welcher dieselbe auch gehörig besorgt habe. Im Verlaufe der Geltstagsverhandlungen habe sich nun bezüglich einer Menge Uhren und Bijouteriewaaren, welche der Geltstager dem Hrn. Viktor von Tschann-Zeerleder, Banquier in Bern, als Faustpfand gegeben hatte, ein Rechtsstreit entsponnen, in Betreff welches ihm, Eguet, Fürsprecher Steck den Vorschlag gemacht habe, den Prozeß auf seine, des Bevollmächtigten, Gefahr und Kosten zu übernehmen und im Falle des Gewinnes ihm 50 % von demjenigen abzuliefern, was er infolge der Prozeßerhebung gewinnen werde.

Dieser Vorschlag sei vom heutigen Beschwerdeführer angenommen und in Schrift verfaßt worden. Bevor dieser Prozeß zum Abspruche gekommen, habe Hr. Tschann-Zeerleder mit den Gläubigern, welche sich am Prozesse betheiligten, einen Vergleich abgeschlossen, infolge welches dem Fürsprecher Steck unterm 19. März 1859 an obgenannte Schuldsumme resp. die Geduldscollocation von Fr. 3187. 65 eine Summe von Fr. 1428. 03 ausbezahlt worden sei. Auch die Rechtskosten mit Fr. 250 seien dem Hrn. Steck bezahlt worden. Am 20. April dann sei

der Streit pro forma noch dem Amtsgerichte vorgelegt worden, welches die Masse Meyrat mit ihrer Klage abgewiesen habe.

Von allen diesen Vorgängen habe er, Eguet, erst in letzter Zeit durch Rechtsagent Surber Kenntniß erhalten, indem er früher auf seine daherigen Erkundigungen stets zur Antwort erhalten habe, der Prozeß gegen Hrn. Tschann-Zeerleder sei verloren gegangen.

Dieses sei ihm auch auf Anfrage durch einen Angestellten des Fürsprecher Steck mit Brief vom 27. Januar 1871 wiederholt worden; auf eine zweite Reklamation jedoch habe Fürsprecher Steck den Eingang der fraglichen Summe zugestanden und behauptet, die Angestellten hätten den Betrag übersenden sollen. In jedem Falle werde er nicht dulden, daß die Interessen des Beschwerdeführers irgendwie verletzt werden &c. &c.

Ungeachtet dieser Zusicherung habe Hr. Steck seine Verpflichtungen seither nicht erfüllt und sich unter allen Umständen einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht. Trotz der Uebereinkunft vom 19. Juni 1856 verlange er nun von demselben die ganze Summe der Fr. 1428. 03 und zwar gestützt auf Art. 20 des Gesetzes vom 14. Februar 1825 und § 16 des Gesetzes vom 10. Dezember 1840, wonach den Advokaten die Abschließung solcher Verträge untersagt seien, was er, im Falle sich Hr. Steck loyal benommen hätte, nicht gethan haben würde. Auf das Angebrachte gestützt stelle er folgende Gesuche:

1) Es sei dem Fürsprecher Steck eine Frist von 24 Stunden zu bestimmen, innerhalb welcher er sich in Betreff der vorliegenden Beschwerde zu verantworten und die von ihm zu Handen des Herrn Eguet bezogenen Fr. 1428. 03 an den Bevollmächtigten dieses letztern, Rechtsagent Surber, auszuliefern, oder bei dem Richter zu deponiren habe.

2) Es sei Hr. Steck zu verurtheilen, dem Hrn. Eguet als Schadensersatz wegen Zurückbehaltung der fraglichen Zahlung die Zinse der Kapitalsumme der Fr. 1428 vom 19. März 1859 hinweg zu fünf vom Hundert zu bezahlen; Beides unter Kostenfolge.

In seiner Antwort vom 1. Juli 1871 stellte Fürsprecher Steck eine dilatorische und eine peremtorische Einrede ans Recht, und schloß bezüglich der Hauptsache:

1) Hr. Eguet sei mit dem ersten Rechtsbegehren abzuweisen. Eventuell: er sei mit demselben abzuweisen, soweit er mehr fordert als Fr. 714. 02.

2) Hr. Eguet sei auch mit dem zweiten Rechtsbegehren abzuweisen, unter Kostenfolge.



Zur Begründung brachte er an:

a. In Betreff der dilatorischen Einrede:

Eine rechtliche Betreibung sei der Eingabe für Hrn. Eguet in die Masse Meyrat, vom 19. März 1856, nicht vorangegangen und er habe die erforderliche Bürgschaft zu Uebernahme von Schuldbetreibungen erst im Jahr 1858 geleistet. Zudem sei eine Eingabe in Güterabtretungen oder Geltstage nach dem übereinstimmenden Wortlaute mehrerer Judicate des Appellations- und Kassationshofes nicht als eine Betreibungsvorkehr, deren Besorgung nach § 414 V. V. ausschließlich den zur Betreibungspraxis berechtigten Personen zustehe, aufzufassen. Somit sei festgestellt, daß er nicht zur Kategorie derjenigen Anwälte gehöre, die sich mit der Betreibungspraxis befassen und da er überhaupt keinen Auftrag gehabt, Betreibungsvorkehren zu treffen, so ergebe sich, daß das von Hrn. Eguet eingeschlagene Verfahren ein irriges sei.

b. Betreffend die peremtorische Einrede:

Alle civilen Forderungsrechte, insofern keine Ausnahmen festgesetzt seien, werden von der zehnjährigen Ersitzung beschlagen, und dieser Schutz der Ersitzung müsse auch für den Bevollmächtigten gelten, und mit vollem Recht, da es allzu schwierig sei, nach so langer Zeit über Berufsgeschäfte Auskunft zu geben. Gewöhnlich werden erledigte Akten nach zehn Jahren beseitigt und so sei es auch hier geschehen. Nun habe Hr. Eguet seit mehr als 12 Jahren keine Einfrage an ihn gerichtet und er berufe sich somit auf Ersitzung. Dabei erkläre er aber, daß er, falls diese Einrede zuerkennt würde, dem Hrn. Eguet nichts desto weniger den diesem laut dem zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag zukommende Betrag mit Fr. 714. 02 zahlen werde, wenn sich derselbe zur Restitution verpflichte, falls man später in den Besitz von Beweisen gelangen würde, wonach bereits Bezahlung geleistet worden wäre.

c. In Betreff der Hauptsache:

Es sei richtig, daß er den in der Beschwerde genannten Betrag von Hrn. Tschann-Zeerleder erhalten und vorher mit Hrn. Eguet den fraglichen Vertrag vom 19. Juni abgeschlossen habe. Dagegen behaupte er, daß das dem Hrn. Eguet gemäß diesem Vertrag zukommende Betreffniß ihm durch die Post zugesandt worden sei. Dieser zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag sei vollkommen gültig und könne jedenfalls nicht nach 15 Jahren

auf dem Beschwerdewege beseitigt werden. Kein Gesetz enthalte eine Bestimmung, die demselben hinderlich gewesen wäre, indem er in Bezug auf den fraglichen Prozeß nicht als Advokat in Betracht komme, da er bei demselben nie als solcher mitgewirkt habe. Würde endlich derselbe gegen die Gesetzesbestimmungen verstoßen, so zöge das keineswegs Nichtigkeit desselben nach sich, sondern hätte nur disziplinarische Folgen.

Was schließlich das Schadenersatzbegehren anbelange, so sei solches total unbegründet, indem erstens der § 417 V. V. nicht Anwendung finde, weil er zur Zeit der Besorgung des fraglichen Geschäfts die in § 14 V. V. vorgeschriebenen Eigenschaften nicht besessen und danach verhandelt habe, und zweitens nach allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatzpflicht auf dem ordentlichen Prozeßwege bewiesen werden müsse, daß Hr. Eguet durch sein, Steck's, Verschulden wirklich Schaden erlitten habe.

Nach eingeholten replikantischen und duplikantischen Bemerkungen, in welch' ersteren Hr. Eguet auf Abweisung der gegnerischen Einreden schloß, übersandte der Gerichtspräsident von Bern mit Schreiben vom 13. Januar 1872 die Akten dem Obergerichte, indem nach seiner Ansicht dieses die kompetente Behörde zur Cognition des Falles sei.

Der Appellations- und Kassationshof hat nun

I. Betreffend die erste Einrede.

In Betrachtung:

1) Daß Ulysse Eguet mit Hrn. Steck, in dessen Eigenschaft eines patentirten Anwaltes, bezüglich der Forderung an Louis Meyrat in Verkehr getreten und gestanden ist, und nun wegen Verletzung der Berufspflichten gegen Hrn. Steck Beschwerde führt.

2) Daß solche Beschwerden nach dem Gesetz vom 10. Dez. 1840, § 17, vom Obergericht und in dem besondern Falle des § 418 V. V. vom Appellations- und Kassationshofe zu untersuchen und zu beurtheilen sind.

3) Daß an der daherigen Befugniß und Pflicht der Behörden dadurch nichts geändert wird, daß Hr. Steck das Geschäft des Hrn. Eguet nicht als Betreibungsbevollmächtigter übernommen und auch keine Betreibungsvorkehren für Eguet getroffen haben will.

4) Daß übrigens Hr. Steck nach seinen eigenen Angaben für die Uebernahme von Betreibungen wenigstens damals Bürgschaft geleistet hatte, als er von Hrn. Tschann-Zeerleder im

Namen des Eguet die Summe einkassirte, die den Gegenstand der Beschwerde bildet;

erkennt:

Hr. Steck ist mit seiner ersten Einrede abgewiesen.

II. Betreffend die zweite peremtorische Einrede.

In Betrachtung:

1) Daß es Pflicht des Hrn. Steck war, dem Hrn. Eguet davon Kenntniß zu geben, daß, ungeachtet des Urtheils vom 20. April 1859, wodurch die Geltstagsmasse Meyrat gegen Hrn. Tschann-Zeerleder abgewiesen wurde, es ihm gelungen sei, durch Vergleich mit diesem Letztern einen Theil der Forderung des Eguet sicher zu stellen und ausbezahlt zu erhalten.

2) Daß Fürsprecher Steck nun nicht bewiesen hat, daß er dem Hrn. Eguet eine solche Mittheilung gemacht habe, wenigstens nicht während dem Ablauf der Zeit, in welcher die von Fürsprecher Steck vorgeschützte Ersitzung eingetreten sein soll.

3) Daß Eguet keine Veranlassung hatte und daß es ihm selbst unmöglich war, aus Verhandlungen des Fürsprecher Steck gegen diesen zu klagen, welche ihm, Eguet, unbekannt geblieben waren.

4) Daß demnach die Ersitzung nach Satz. 1041 C. nicht eingetreten ist.

5) Daß überdieß Hr. Steck in seinem Briefe vom 20. Febr. 1870 dem Hrn. Eguet mitgetheilt hat, er werde nicht dulden, daß seine, des Eguet, Interessen verletzt werden, gleichviel ob durch die Schuld der Post oder durch diejenige eines Angestellten die fragliche Summe verloren gegangen sei,

erkennt:

Fürsprecher Steck ist mit den beiden Rechtsbegehren seiner peremtorischen Einrede abgewiesen.

III. Betreffend die Hauptsache.

In Betrachtung:

1) Daß Fürsprecher Steck nicht in Abrede stellt, von Hrn. Tschann-Zeerleder laut Vergleiches und gegen entsprechende theilweise Abtretung der Collokation des Eguet aus dem Geltstage des Louis Meyrat im Namen des Eguet eine Summe von Fr. 1428. 03 empfangen zu haben.

2) Daß Hr. Steck die Pflicht hatte, diese Summe ungesäumt seinem Clienten Eguet verabfolgen zu lassen, indessen nicht bewiesen hat, daß dieses geschehen sei, also noch jetzt dazu verpflichtet ist.

3) Daß der Vertrag vom 19. Juni 1856, aus welchem Hr. Steck eventuell einen Anspruch auf die Hälfte obiger Summe ableitet, ein verbotener ist, indem er dem Wortlaut und dem Sinne der Gesetze vom 14. Februar 1825, § 20, und vom 10. Dezember 1840, § 16, widerspricht.

4) Daß nämlich diese Gesetze den Advokaten zur Pflicht machen, sich mit den tarifmäßigen Gebühren zu begnügen, und ihnen verbieten, über einen Theil des Rechtsstreites einen Vertrag zu schließen und einen Prozeß in dieser oder jener Form auf eigene Rechnung zu übernehmen.

5) Daß nach der Natur der Sache dem Eguet aus der Nichtablieferung des ihm gehörenden Geldes ein Schaden entstanden ist, der einem mäßigen Zins gleich kommt.

6) Daß die Vernichtung von Akten über ein Verhältniß, das durch Quittung oder auf irgend eine andere Weise nicht erledigt worden, keineswegs als Entschuldigung gelten kann, ebensowenig als der Mangel genauer Buchführung über Verhandlungen der in Frage stehenden Art,

erkennt:

1) Fürsprecher Steck ist verurtheilt, die von Hrn. Tschann-Zeerleder einkassirte Summe von Fr. 1428. 03 an Ulysse Eguet in Corgemont, oder seinem Bevollmächtigten, Rechtsagent Surber in Bern, verabfolgen zu lassen.

2) Hr. Steck ist ferner verurtheilt, dem Hrn. Eguet von dieser Summe der Fr. 1428. 03 den Zins zu 4 % jährlich, vom 1. April 1859 hinweg gerechnet, zu bezahlen.

3) Hr. Steck ist zu den Kosten verurtheilt und hat an Eguet von daher zu bezahlen einhundert und zwanzig Franken; die Kosten dieses Erkenntnisses dann betragen achtzehn Franken, fünf und sechszig Rappen.

Anmerkung. Im Interesse der Ehre und Würde des Advokatenstandes wäre hier nicht nur ein Wort des Tadels, sondern strengstes disziplinarisches Einschreiten Pflicht des Gerichtes gewesen.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Februar 1872.

(Fortsetzung.)

14) Ein Vater kann testamentarisch immer nur über dasjenige Vermögen verfügen, welches er selbst seinem Kinde hinterläßt, nicht aber über das eigene Vermögen desselben.

Schiedsgerichtliches Urtheil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 24. Februar 1872 über folgende

Streitfragen:

1) Hat Bendicht Nobs, mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Testamentes des Johann Stämpfli sel., vom 30. Januar 1842, mit Homologation vom 7. Dezember gleichen Jahres, als Entschädigung für die Versorgung und Verpflegung der Elisabeth Stämpfli den vollständigen Abnutz des Vermögens dieser Letztern zu beanspruchen?

2) Falls diese Frage verneint werden sollte:

a. Gebührt demselben nicht wenigstens, mit Rücksicht auf die obwaltenden Verhältnisse dießfalls eine, den Abnutzen des elterlichen Erbgutes der Elisabeth Stämpfli übersteigende Entschädigung?

b. Wie hoch ist diese Entschädigung für Wohnung, Kost, Kleidung, Pflege und Aufsicht u. s. w. zu bestimmen?

3) Welche Partei hat die Kosten des Schiedsgerichts und des Verfahrens zu bezahlen?

Johann Stämpfli, Bendichts sel., von Seedorf, angesessen gewesen zu Baggwyl, errichtete unterm 30. Januar 1842 ein Testament, wonach er als Erben seiner Verlassenschaft einsetzte:

a. zu einer Hälfte seine zweite Ehefrau; Maria geborne Nobs, und

b. zur andern Hälfte seine Tochter aus erster Ehe, Elisabeth Stämpfli.

Mit Rücksicht auf die körperliche Gebrechlichkeit und die Geistesschwäche dieser seiner Tochter fügte der Testirer der angeführten Erbeseinsetzung die folgenden Substitutionen und Anordnungen bezüglich der einstigen Versorgung derselben bei: „Jedoch so, daß wenn diese Tochter ohne gesetzlichen Notherb „oder gültige letzte Willensverordnung abstirbt, ich ihr meine ge„dachte Ehefrau oder im nicht erlebenden Fall, die hienach be„nannten Erben substituire, wie ich durch die Satzung 580 C. G. „dazu berechtigt bin. Diese meine Ehefrau geb. Nobs und im „eintretenden Falle ihre substituirten Erben sollen denn auch „das Recht, sowie dagegen die Pflicht haben, unter der Auf„sicht der berechtigten Personen gegen den vollständigen Abnutz „des meiner Tochter zukommenden Vermögens, diese, ihren „Umständen gemäß treu und liebreich, in gesunden und kran„ken Tagen bis an ihr Lebensende in allem Nöthigen sorglich „zu pflegen.

„Sollte aber gegen alles Erwarten meine jetzige Ehefrau „meinen Todesfall nicht erleben, so substituire ich derselben in „beiden obigen Beziehungen ihren Bruder, meinen geliebten „Schwager Bendicht Nobs zu Baggwyl und nicht erlebenden „Falls seine Erben."

Im Dezember 1842 verstarb der Testirer Johann Stämpfli und am 7. des genannten Monats fand die Homologation seines oben erwähnten Testamentes statt. Da sowohl dessen Ehefrau als auch die Tochter den Todesfall überlebten, so fiel ihnen die Erbschaft in Gemäßheit des Testamentes zu gleichen Theilen an. Das reine Vermögen betrug Fr. 22,000, ein Erbtheil mithin Fr. 11,000.

Nach dem Tode des Johannes Stämpfli wurde die Tochter Elisabeth Stämpfli durch ihre Stiefmutter Maria Stämpfli geb. Nobs verpflegt, und nach dem im Jahre 1856 erfolgten Tode dieser Letztern übernahm der Nacherbe Bendicht Nobs deren Verpflegung und Versorgung.

Im Jahre 1861 ererbte die Elisabeth Stämpfli von ihrem Oheim, Bendicht Stämpfli sel., ein ferneres Vermögen von beiläufig Fr. 34,000, so daß ihr Gesammtvermögen nun auf zirka Fr. 45,000 zu stehen kam.

Bis Ende des Jahres 1868 war es nun in Betreff der Entschädigung für die Verpflegung und Versorgung der Elisabeth Stämpfli einfach so gehalten, daß die hiermit betraute Person den vollen Ertrag ihres Vermögens bezog, dagegen aber auch für sie alle Auslagen, inbegriffen Staats- und Gemeindesteuern zu bestreiten hatte. Dieser Modus der Entschädigung

galt sowohl zu der Zeit, als das Vermögen der Elisabeth Stämpfli nur noch zirka Fr. 11,000 betrug als auch nach der Beerbung ihres Oheims. Seither sind jedoch Zweifel erhoben worden, ob auch die Nutzungen des der Elisabeth Stämpfli von ihrem Oheim angefallenen Vermögens ganz oder theilweise zu ihrer Versorgung und Verpflegung verwendet werden dürfen, oder ob die jährlichen Kost- oder Pflegegelder auf den Ertrag des ihr von ihrem Vater sel. angefallenen Vermögens beschränkt werden müssen. Für die Beurtheilung dieser Frage beruft man sich einentheils auf den Inhalt des oben angeführten Testamentes und anderntheils auf die außerordentlichen Unannehmlichkeiten und Schwierigkeiten, mit welchen die Versorgung und Verpflegung der Elisabeth Stämpfli verbunden ist.

In dieser letztern Beziehung kommt ein Gutachten der Herren Aerzte Imobersteg in Kirchlindach, und Salchli in Aarberg, d. d. 1. Juni 1869 zu folgenden Schlüssen:

„a. Elisabeth Stämpfli bedarf einer stetigen Beaufsichti-„gung und stetiger fremder Hülfe, weil sie ihrer körperlichen „und geistigen Beschaffenheit nach sich in ihren täglichen Be-„dürfnissen weder selbst helfen, noch sich vor Gefahren schützen „kann, sie muß gepflegt und beaufsichtigt werden wie eine Blöd-„sinnige.

„b. Die geistigen und körperlichen Mängel der Elisabeth „Stämpfli sind nicht zu heben und es ist für eine Patientin „ihrer Vergangenheit und Erziehung nach die Pflege und Be-„aufsichtigung in einem Privathause der Versorgung in einer „Anstalt entschieden vorzuziehen."

Infolge Compromiß vom 20. Oktober 1871, mit Autorisation der Vormundschaftsbehörde von Seedorf bezüglich des Beitritts zu demselben Seitens des Vogtes Jakob Stämpfli, einigten sich die Parteien dahin, daß die oben erwähnten Streitfragen dem Appellations- und Kassationshof zur schiedsrichterlichen Beurtheilung vorgelegt werden sollen, wobei ausdrücklich bestimmt wurde, daß die Parteien auf die Anwendung des strengen Rechts verzichten.

Nach Anhörung der Berichte des Referenten und Correferenten hat der Appellations- und Kassationshof in öffentlicher Berathung und Abstimmung

in Betrachtung:

1) daß die Testirungsbefugniß des Vaters Joh. Stämpfli durch die Vorschriften der Satz. 553 und 586 C. normirt ist, nach welchen derselbe unter allen Umständen nur über das

von ihm hinterlassene Vermögen oder dessen Abnutz, niemals aber über Vermögen, das seinem Kinde von dritten Personen angefallen, übrigens bei seinem (des Testators) Tode gar nicht fällig war, verfügen konnte;

2) daß deßhalb die Stelle im fraglichen Testamente, worin es heißt, „gegen den vollständigen Abnutz des meiner Tochter zukommenden Vermögens" auf das elterliche Erbgut zu beziehen ist;

3) daß, anbelangend die zweite Streitfrage, sich aus den aktenmäßigen Umständen ergiebt, daß der Abnutz des elterlichen Erbguts für die standesgemäße Versorgung und Verpflegung der Elisabeth Stämpfli nicht hinreichend ist;

4) daß dieses, da die Parteien auf die Anwendung des strengen Rechts verzichtet haben, hier zu berücksichtigen ist;

erkennt:

1) Die erste Frage wird verneint.

2) Die zweite Streitfrage litt. a und b wird dahin beantwortet, daß Bendicht Robs bis 1. November 1868 den vollständigen Abnutz des gesammten Vermögens der Elisabeth Stämpfli zu beanspruchen hat und von da an demselben im Ganzen (den Abnutzen des elterlichen Erbgutes inbegriffen) jährlich Fr. 1500 gebühren.

3) Jakob Stämpfli, Sohn, in seiner genannten Eigenschaft, hat die Kosten des ausgelegten Geldes an Bendicht Robs zu bezahlen. Die daherige Kostenforderung des Letztern ist bestimmt auf Fr. 178. 45.

Auszüge

aus den Protokollen des Obergerichts und der Justizkommission des Kantons Luzern.

Mai 1870.

1. Betreibung für nach dem Konkurs eingegangene Schulden. Weder im Gesetz noch in der Natur der Sache ist ein Rechtsgrund enthalten, gegen einen Konkursiten, auch wenn dessen Konkurs noch nicht liquidirt ist, für nach dem Konkurs eingegangene Verbindlichkeiten eine Betreibung als unzulässig zu erklären. Allerdings darf der Schuldner

nicht aus der vorab den Konkursgläubigern verhafteten Massebezahlen, sondern aus neuem Erwerb. Hat er keine bereiten Zahlungsmittel, so geht die Betreibung bis zum wiederholten Konkurs weiter und ein allfälliger Mangel an bereiten Zahlungsmitteln beim Schuldner ist hier so wenig als in andern Fällen ein Grund, die Betreibung des Gläubigers unzulässig zu erklären. (J.-C. den 20. Juni, Nr. 27.)

2. Bedeutung des Uebergangs eines Rechtsstreites auf eine andere Prozeßpartei hinsichtlich der bereits erlaufenen Kosten.

Wer in einen bisher von einem Andern geführten Prozeß eintritt, und denselben statt der urspünglichen Partei für sich selbst fortzuführen erklärt, nimmt auch mit Hinsicht auf die Kosten, über welche zur Zeit des Eintritts noch nicht definitiventschieden ist, einfach die Stellung der frühern Prozeßpartei ein; sie müssen deßhalb im Falle der Kostenfälligkeit von der eintretenden Prozeßpartei übernommen werden, da bezüglich noch nicht definitiv verlegter Kosten die ursprüngliche Prozeßpartei noch gar nicht Schuldner derselben geworden war. (J.-C. den 20. Juni 1870.)

3. Befreiung der Bürgen für eine liegende Schuld. Wenn der Ansprecher eine verbürgte liegende Schuld ins Fahrende übergehen läßt, so erwächst daraus den Bürgen eine Einrede; dies folgt aus dem § 704 C.-G.-B., wornach der um Bezahlung angegangene Bürge vom Gläubiger Uebergabe des Forderungstitels und der Sicherheiten verlangen kann, die der Gläubiger für die Forderung besessen hat. Daher kann ohne Uebertragung der Letztern der Bürge die Zahlung verweigern, insofern Kläger nicht nachweist, daß durch Verlust des liegenden Pfandrechts der Bürge nicht beschädigt werde. (Obergericht den 4. Mai Vormittags.)

4. Verjährung in Bezug auf dingliche Klagen. Die Einrede der erlöschenden Verjährung kann nach luzernischem Recht einer dinglichen Klage nicht entgegengesetzt werden, da die erlöschende Verjährung nach § 785 T.-G.-B. lediglich auf persönliche Rechte Anwendung findet; trotz des seit der Nativität der Klage abgelaufenen 10-, resp. 21jährigen Zeitraumes ist daher ein Beklagter gegen eine dingliche Klage nur geschützt, wenn er das Objekt derselben durch die Ersitzung erworben hat. (O.-G. den 17. Mai 1872.)

5. Bedeutung der Unterschrift Lesunkundiger. Die Einrede eines Lesunkundigen, er habe dem Aktenstück wohl

seine Unterschrift beigesetzt, allein als Lesunkundiger dessen Inhalt nicht prüfen können, ist ohne weitere Substantiirung zu verwerfen, da das Gesetz die Wirksamkeit der Unterschrift von Lesunkundigen an keine besondern Formalitäten knüpft und die Vermuthung, es unterschreibe Jemand einen Akt erst nach erfolgter Billigung des Inhaltes, durch die bloße Lesunkunde allein nicht widerlegt wird. (O.=G. den 18. Mai Vormittag Nr. 3.)

6. Klagverjährungseinrede. Die Einrede der Verwirkung des Klagerechts in einem Fall, in welchem noch binnen der Provokationsfrist die Klage eingereicht, allein wegen unterlassenem Friedensrichtervorstand eine nichteinläßliche Antwort begründet erfunden worden war, ist zu verwerfen, da durch Einreichen der Klage der Prozeß nach § 95 C.=P.=O. rechtshängig wurde und die Entbindung des Beklagten von der einläßlichen Antwort wegen eines außer der Klage liegenden Mangels nicht auch die Verweisung der Letztern aus dem Rechten zur Folge hat. (O.=G. den 8. Mai Vormittag.)

7. Bedeutung der Erbennachsuchungspublikation. Kein rechtliches Interesse erfordert es, bei öffentlichen Erbennachsuchungen statt einer bloßen im Gesetz vorgesehenen Ediktalcitation (§ 377 C.=G.=B.) eine förmliche Provokation nach § 338 C.=R.=V. zu erlassen, vielmehr waltet ein begründetes rechtliches Interesse bei der Theilungsbehörde, auf deren Ansuchen fragliche Ediktalcitationen erlassen werden, nur dafür ob, daß sie der Verantwortlichkeit enthoben ist, wenn sie nur die sich rechtzeitig Anmeldenden als Erben ansieht, in der Meinung, daß, wenn binnen der Verjährungsfrist Besserberechtigte auftreten, letztere sich an die in den Besitz der Erbschaft Gesetzten zu halten haben. (O.=G. den 9. Mai Vormittag.)

8. Rechtsverhältnisse in Corporationsgemeinden, Competenz, Mehrheitsbeschlüsse, Natur der Realgemeinderechte. In einem Falle, in welchem die realberechtigten Genossen einer Corporationsgemeinde sich beim Civilrichter über ein durch Mehrheitsbeschluß zu Stande gekommenes, ihre herkömmlichen Nutzungen zu Gunsten der ortsbürgerlichen oder personalberechtigten Corporationsgenossen schmälerndes revidirtes Nutzungsreglement beschwerten, wurden die Realberechtigten letztinstanzlich in dem Sinn geschützt, daß sie auf den Reinertrag in Corporationswaldungen nach Abzug der Lasten und allfälligen Berechtigungen Dritter nach bisherigem Herkommen und Bedürfniß zu $^2/_3$ Anspruch haben. Gründe:

Gemäß der rechtlichen Natur einer Corporation- (Genossen-) gemeinde als einer im Kant. Luzern öffentlich-rechtlichen juristischen Person, welche unter der Oberaufsicht des Regierungsraths steht, sind für die Regel Mehrheitsbeschlüsse derselben für die Mehrheit verbindlich, und wenn allfällig in einem Fall die Minderheit sich zu beschweren hat, ist die Beschwerde beim Regierungsrath anzubringen, der endgültig entscheidet (O.-G. vom 12. August 1866, § 109, litt. b). Der Schutz des Civilrichters gegenüber Beschlüssen von Corporationsgemeinden kann nur ausnahmsweise eintreten, nämlich nur dann, wenn „urkundliche oder wohlerworbene Rechte des Eigenthumsbesitzes oder der Nuznießung Einzelner" in Frage stehen. Nach dem historischen Entwicklungsgange des Gemeindewesens ist es nun keinem Zweifel unterworfen und auch allgemein angenommen, daß die sog. Realgemeinderechte, wenn auch über deren Natur im System des Privatrechtes unter den Rechtslehrern verschiedene Ansichten obwalten (s. hierüber z. B. Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 95 f.) doch als wahre wohlerworbene Rechte Einzelner erscheinen, welche durch keinen Majoritätsbeschluß zu Gunsten anderer Personen oder Zwecke entzogen oder geschmälert werden können, wofür nicht bloß die freie Veräußerung und Verpfändung, kurz der privatrechtliche Verkehr mit denselben, sondern auch die Rechtsgeschichte spricht (s. u. A. Renaud C. 1. S. 99, Gerber, deutsches Privatrecht, 7. Auflage, S. 123). Betreffend die Natur und den Umfang dieser selbstständigen Nutzungsrechte, so erscheinen sie als genossenschaftliche Theilrechte am Reinertrag des Corporationsgutes in herkömmlicher Weise, wobei allerdings die genossenschaftliche Natur dieser Rechte es mit sich bringt, daß wegen dringender durch die Erhaltung des Corporationsgutes gebotener Nothwendigkeit, nicht aber zu Gunsten anderer Zwecke oder Genossen auch die Realgemeinderechte in dem Umfange ihrer Ausübung durch Reglemente beschränkt werden können. Ueber den Reinertrag hinaus, als welcher bei Waldungen der jährliche nachhaltige Nachwuchs nach Bestreitung aller Kosten, Lasten und darauf haftender anderweitiger Verpflichtungen erscheint, können keinerlei Nutzungsrechte reichen. Aus den produzirten Urkunden ergibt sich nun, daß nach Herkommen nicht der volle Reinertrag der gemeinen Waldungen den Besitzern der berechtigten zufloß, sondern daß ein Theil davon zu personalen Nutzungen für die Ortsbürger (sog. Personalberechtigte) von der Gemeinde verwendet wurde. Eine zehnjährige Durchschnittsberechnung zeigt,

daß die Realrechtsbesitzer bisher annähernd $^{2}/_{3}$ des vertheilten Brennholzes — mit Abzug des an die sog. Unberechtigten abgegebenen — nebst dem nöthigen Bau- und Oekonomieholz bezogen haben, und das Gutachten der Sachverständigen beweist auch, daß das Bedürfniß der berechtigten Hofstätten mit dazu benütztem Land nicht weiter geht. (O.-G. den 20. Mai Nachm. Nr. 1.)

Juni.

1. Obligation zu Bezahlung von Steuern an die Heimatsgemeinde.

Eine zu Gunsten der Heimatgemeinde ausgestellte förmliche Obligation eines Bürgers, „zu allen Zeiten und unter allen Umständen" dorthin die Gemeindesteuern zu bezahlen, kann durch die Berufung auf die Thatsache, daß die Wohnsitzgemeinde kraft ihrer Steuerhoheit ebenfalls die Gemeindesteuern beziehe, nicht wirkungslos gemacht werden. Vor Allem ist die Verwechslung der zur bundesräthlichen Kognition gelangten Fälle von Doppelbesteuerung, bei welchen ein Niedergelassener der Steuerhoheit zweier Kantone unterworfen werden wollte, mit dem Falle auszuschließen, bei welchem nur die Steuerhoheit einer Gemeinde, auf einen öffentlich-rechtlichen Titel gestützt, die Steuerpflicht aber des Niedergelassenen an eine andere Gemeinde aus einem speziellen Versprechen hergeleitet wird. Deßgleichen unterscheidet sich der Fall, in dem ein Bürger eine Geldleistung an seine Heimatgemeinde freiwillig übernimmt, von denjenigen allerdings in ihrer Zulässigkeit bestrittenen Steuerverträgen zwischen Gemeinden und Privaten, in denen die Gemeinde einen Bürger ganz oder theilweise von den ihm sonst gesetzlich obliegenden Steuerleistungen entlastet (Gwalter Zeitschrift XVII., S. 52 H.-G.). Vielmehr ist festzuhalten, daß ein Versprechen, wodurch ein Bürger sich aus diesem oder jenem Motiv freiwillig und im Bewußtsein hievon zu Geldleistungen an eine Gemeinde verpflichtet, wozu er gesetzlich nicht angehalten werden könnte, als ein privatrechtlich erlaubter Willensakt erscheint, dessen Gegenstand nicht nur nichts gesetzwidriges, sondern selbst eine sehr ehrenvolle Leistung ist. Dieselbe Auffassung theilte auch das aargauische Obergericht in einem Urtheil vom 13. Dezember 1866 (O.-G. den 1. Juni Nachmittag).

2. Rekurs- oder Kassationsweg. Die Beschwerde über Verweigerung des durch das Gesetz garantirten Rechtes, einen Zeugen auf seine Aussagen nachträglich beeidigen zu lassen, ist

nach § 218 Ges. 2 C.-R.-V. erst nach ergangenem Endurtheil als Kassationsgrund geltend zu machen, und eine abgesönderte Weiterziehung auf den Rekursweg in solchen Fällen ausgeschlossen. (O.-G. 1. Juni Nachmittag, Nr. 10.)

3. Recht eines Konkursgläubigers, welcher dem Akkommodement des Konkursiten nicht beigetreten ist, zur Verarrestirung von Erbsguthaben behufs Liquidirung der noch ungetilgten, dem Zwangsnachlaß nicht, sondern bloß der Stündigung unterworfenen Restanz der Nichtzustimmenden.

Nach § 64 Konkursgesetz wird durch den Abschluß eines Akkommodements der Konkurs nicht aufgehoben und ist daher ein Akkordant noch Konkursit. Bei Konkursiten ist aber nachträglich verfallendes Vermögen den noch bestehenden Forderungen von Konkursgläubigern verhaftet (§ 70 verglichen auch mit § 61 letzt. Abs. Konkursgesetz). Diese Haftbarkeit wird formell geltend gemacht entweder durch Admassamziehung von Amtswegen behufs eines Fortsetzungskonkurses oder einer Fortsetzungsliquidation (§§ 70 cit. und 74 Konkursgesetz) oder durch Verarrestirung Seitens betheiligter Kreditoren zu Gunsten der Konkursmasse (§ 61 Bet.-Gesetz), wobei es wieder von der Größe des Guthabens abhängt, ob ein eigentlicher Fortsetzungskonkurs oder bloß eine Fortsetzungsliquidation (§ 74 cod.) erfolgen muß (O.-G. den 2. Juni Nr. 1).

4. Forderung der Strafanstalt für Taglöhner im Konkurs nicht privilegirt.

Der dem Konkursvorrecht des Taglohnes zu Grund liegende Rechtsgrund, welcher lediglich in der Rücksicht auf die Person des Ansprechers zu erblicken ist, trifft nicht zu, wenn nicht der Taglöhner, sondern der Staat beziehungsweise eine statio fisci in Folge Verwendung der Sträflinge zu Taglohnarbeit als der Ansprecher erscheint (O.-G. den 4. Juni Nr. 1).

5. Nichterlöschen einer bestrittenen Betreibung; Verantwortlichkeit eines Gemeinderaths nach § 38 Abs II. Hyp.-Ges.

Ein Gemeinderath ist haftbar, wenn er trotz jährlich erneuerter bestrittener Betreibung Gülten an den Betriebenen aushändigt, obwohl die bestrittene, angetriebene Forderung vom Betreibungsführer Jahre lang nicht eingeklagt wurde. Denn der Rechtsvorschlag stellt nach § 45 Bet.-Ges. die Betreibung still, weßhalb sie nicht wegen säumiger Nichtfortsetzung erlöschen kann, zumal dem Betriebenen, wenn er die rechtlich erklärte Betreibung beseitigen will, kein anderes Mittel zusteht als eine Provokation

und im Falle der Einklagung durch den Betreibungsführer den Prozeßbetrieb durch Citation als Beklagter zu fördern. Die Haftbarkeit des Gemeinderathes nach § 38 Abs. II. Hyp.-Ges. ist auch nicht bloß eine subsidiaire wie z. B. die eines bloßen Regressirten und trifft daher die dem Bürgschaftsverhältniß entnommene Einrede nicht fleißiger Verfolgung des Hauptschuldners nicht zu; auch ist für das Erlöschen dieser Haftbarkeit keine Frist aufgestellt, sie dauert daher bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist (O.-G. den 22. Juni Vorm. 1).

6. Verschleierte Schenkung von Todeswegen in einem Leib- und Gutvertrag.

Ein Leib- und Gutvertrag, wonach die Leistung des Leibdingnehmers außer allem Verhältniß zu der Leistung des Leibdinggebers steht und er denselben laut Zeugenaussagen erst Angesicht des Todes abschloß, muß als eine verschleierte Schenkung von Todeswegen angesehen werden, zu deren Rechtsförmlichkeit der § 571 B.-G.-B. ausdrücklich die Formen einer letztwilligen Verordnung vorschreibt (O.-G. den 24. Juni Nachm. 2).

7. Verkauf einer Liegenschaft im Zustand der Aufrechnung bei späterer Lösung der letztern.

Der Umstand, daß ein Liegenschaftsverkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses unter der Aufrechnung sich befunden hat, macht das Kaufgeschäft nicht unter allen Umständen ungültig. Die Ziehung der Aufrechnung ist eine Beschlagnahme des gesammten liegenden und fahrenden Vermögens zu Gunsten der betreffenden Gläubiger und deßhalb eine Veräußerung wohl relativ, d. h. insoweit Rechte der betreffenden Gläubiger verletzt werden, ungültig. In einem Falle, wo die Aufrechnung schon 3 Tage nach dem Kaufsabschluß und vor Nutzen- und Schadenanfang wieder gehoben wurde, ist das Recht der betr. Gläubiger, zu deren Gunsten das Gesetz Ungültigkeit von Veräußerungen ausspricht, mithin das rechtliche Hinderniß der Wirksamkeit des Verkaufes weggefallen und Convalescenz des Geschäftes eingetreten; das relativ ungültige Geschäft ist für alle Interessenten nach allen Seiten hin so zu behandeln, als wäre es ursprünglich gültig abgeschlossen worden (s. z. B. Unger Syst. II. S. 152) und es kann nicht noch nachträglich der Käufer die nicht mehr vorhandene Ungültigkeit geltend machen (O.-G. den 25. Juni 1863).

Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.

Mai 1872.

Am 21. Jenner 1871 sandte Handelsmann Schnewlin in Basel an die Herren Widmer und Suter in Lenzburg, nachdem zwischen dem erstern und den letztern schon am 17. und 19. Jenner über Lieferung von Petroleum korrespondirt worden, folgende Depesche: „Bekomme am Montag (den 23. Jenner) noch etwas Petroleum zu 66, so lange frei" — worauf die Herren Widmer und Suter sofort geantwortet: „Acceptiren 10 Tonnen Petrol beau blanc zu 66, erster Tage lieferbar, gute Gebinde." —

Von Seite des Herrn Schnewlin wurde alsdann die Lieferung ins Werk gesetzt und ist jedenfalls soviel als richtig anzunehmen, daß die Waare am 31. Jenner, also am zehnten Tage nach erfolgter Bestellung, in Basel der Centralbahn zur Spedition an die Herren Widmer und Suter übergeben worden und daß die Lieferung von Basel aus auf Kosten und Gefahr der letztern stattgefunden habe.

Die Herren Widmer und Suter, um Bezahlung des Kaufspreises angegangen, hielten sich nun für befugt, die Waare dem Lieferanten zur Verfügung zu stellen, indem sie geltend machten, daß die Lieferung zu spät ausgeführt worden sei. Das Obergericht verurtheilte jedoch die Herren Widmer und Suter zu Bezahlung der eingeklagten Summe und zwar von folgender Erwägung ausgehend: Eine Verspätung, welche den Beklagten das Recht gäbe, vom Vertrage zurückzutreten und die Annahme der Waare zu verweigern, könne in dem erwähnten Zeitraume von 10 Tagen nicht erblickt werden. Vermittelst der Depesche vom 21. Jenner, wodurch von den Beklagten die Bestellung stattgefunden, verlangen dieselben allerdings Petroleum, welches „erster Tage lieferbar" sei. Diese Vertragsbestimmung erzeige sich nun aber in dem Maße dehnbar, daß sich die Annahme rechtfertige, es falle der 31. Jenner noch in die Frist, welche die Beklagten für die Lieferung festgesetzt und es sei vom Kläger, wenn er innert 10 Tagen von der Bestellung an die Waare in Basel der Centralbahn zur Lieferung an die Beklagten übergeben, der fraglichen Vertragsbestimmung nachgelebt worden. Diese Annahme sei um so mehr als begründet anzusehen, wenn man die konkreten Verhältnisse ins Auge fasse und die Verkehrsstörungen erwäge, die der deutsch-französische

Krieg mit sich gebracht habe. (Das fragliche Petroleum sei nämlich vermittelst der badischen Eisenbahn von Mannheim, woselbst es Herr Schnewlin angekauft habe, nach Basel gebracht worden.) Allerdings sei der Kläger gehalten gewesen, dem Inhalte des Vertrages nachzukommen; allein bei Beurtheilung der Frage, ob der Kläger den Vertrag wirklich erfüllt und die bedungene Lieferungszeit innegehalten, können diese Verhältnisse, von welchen auch die Beklagten Kenntniß gehabt haben, nicht völlig außer Acht gelassen werden. — Das Petroleum sei zwar erst am 4. Februar in Lenzburg angekommen. Allein dieser Umstand sei rechtlich bedeutungslos; von Erheblichkeit sei der Tag, an welchem die Tradition der Waare geschehen, und als dieser Tag sei erwähntermaßen der 31. Jenner zu betrachten. (Urtheil vom 24. Mai 1872.)

Herr A. Rohr in Lenzburg kaufte seinerzeit von den Herren Kuhn u. Co. in London eine Parthie Kaffee — 60 Ballen — und zahlte denselben schon vor Empfang bis auf den Betrag von Fr. 457. 84. Als die Waare in Lenzburg ankam, stellte der Käufer dieselbe mit der Behauptung, daß sie die bedungene Eigenschaft nicht besitze, den Verkäufern zur Verfügung; die letztern verweigerten jedoch die Zurücknahme und belangten den erstern um Bezahlung des erwähnten Restes des Kaufspreises. Herr Rohr bestritt das Klagbegehren und forderte vermittelst einer Widerklage die Rückerstattung der vor Empfang der Waare entrichteten **Fr. 5,752. 58.**

Die Klage der Herren Kuhn u. Co. wurde als unbegründet verworfen, dem Herrn Rohr dagegen der Schluß seiner Widerklage als gerechtfertigt zugesprochen. Da nun aber die Herren Kuhn u. Co. sich weigerten, dieses Urtheil anzuerkennen und beim Mangel eines daherigen Staatsvertrages zwischen England und der Schweiz die Urtheilsvollstreckung in London nicht erlangt werden konnte, so ersuchte Herr Rohr behufs wenigstens theilweiser Sicherstellung seiner Ansprüche um Bewilligung eines Arrestes auf die den Herren Kuhn u. Co. angehörenden und noch in Lenzburg befindlichen 60 Ballen Kaffee. Diesem Ansuchen wurde entsprochen und die Beschlagnahme amtlich bewilligt, ohne daß dieselbe Seitens der Eigenthümer des Kaffees, der Herren Kuhn u. Co., bestritten worden wäre. — Einige Zeit später verlangte Herr Rohr eine vorsorgliche Verfügung, das Begehren stellend: Es seien die mit Arrest belegten 60 Ballen Kaffee öffentlich zu versteigern

gern und der Erlös ihm als Abschlagszahlung an seine Forderung zu überlassen.

Das Obergericht verwarf dieses Begehren, indem es fand: Nach Maßgabe der P. O. könne von einer provisorischen Verfügung nur mit Bezug auf einen in Aussicht stehenden oder bereits anhängigen Prozeß die Rede sein. Ueber die Frage nun, ob das zwischen den Parteien seinerzeit abgeschlossene Geschäft gültig und rechtlich wirksam sei, walte kein Streit mehr, indem darüber schon längst endgültig entschieden worden und handle es sich lediglich noch um Vollziehung des zu Gunsten des Impetranten erlassenen Urtheils. Einer Vorkehr, wie sie Hr. Rohr nachsuche, fehle der Charakter einer blos provisorischen Verfügung; denn würde richterlich ausgesprochen, daß der zwar mit Arrest belegte, aber gleichwohl noch im Eigenthum der Herren Kuhn u. Co. befindliche Kaffee öffentlich versteigert und der Erlös dem Herrn Rohr zur Deckung seines Guthabens überlassen werde, so würde dadurch offenbar nicht blos eine vorsorgliche Verfügung erlassen, sondern in definitiver Weise über den Kaffee der Herren Kuhn u. Co. und dessen Werth entschieden, was nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht zulässig wäre, welches ausdrücklich verlange, daß jede solche Verfügung in der für beide Parreien möglichst unschädlichen und den bisherigen Zustand so viel wie möglich schützenden Art getroffen werde. § 283 der P. O. (Urtheil vom 25. Mai 1872.)

Literarische Anzeige.

Fick, Heinrich, Dr. juris. Ueber internationales Wechselrecht in Beziehung auf Fristbestimmungen, insbesondere die französischen Wechsel-Moratoriums-Gesetze und Dekrete. 123. Elberfeld 1872.

Diese Schrift ist die einzige, welche den französischen Originaltext der sämmtlichen Moratoriums-Gesetze und Dekrete vollständig mittheilt, und in ihren Resultaten gelangt sie im Wesentlichen zu den bekannten Schlüssen des Reichs-O.-H.-G. von Leipzig.

Stämpfli'sche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 2.

August 1872.

Beiträge zur Lehre von der Haftpflicht der Eisenbahnen.

1) Expertengutachten über das Zerſpringen großer Glasflaſchen während des Eiſenbahntransportes.

Mittelſt Schreiben vom 10. Juni l. J. verlangten Sie *) von den Unterzeichneten ein Gutachten über die Frage, inwiefern größere Glasgefäſſe (Korbflaſchen) während ihres Transportes auf Eiſenbahnen, auch unabhängig von den beim gewöhnlichen Bahnbetrieb unvermeidlichen Erſchütterungen und Stößen, der Gefahr des Zerſpringens oder Berſtens ausgeſetzt ſein können, dann noch ſpeziell darüber, in welchem Grade in dem vorliegenden Falle des Hauſes Lambelet und Comp. die Natur des Frachtgutes zu einer ſolchen Erſcheinung beigetragen haben möge.

*) Das Gutachten iſt an den Gerichtspräſidenten von Bern gerichtet.

Wir beehren uns, Ihnen im Nachstehenden unsere Beantwortung dieser Fragen zu unterbreiten, indem wir zunächst die darauf bezüglichen allgemeinen Verhältnisse erörtern, um am Schlusse Anwendungen von demselben auf das hier speziell zu besprechende Vorkommniß zu machen.

Natürlich sehen wir von vorneherein ab von der mechanischen Vergewaltigung der in Rede stehenden Gefäße, wozu wir zählen: Anstoßen, Fallenlassen, Daraufwerfen fremder Gegenstände, Umstürzen u. dgl., da diese Verhältnisse zu selbstverständlich sind, um sie weiter zu besprechen. Außer denselben giebt es aber allerdings eine größere Zahl von Ursachen, welche den Ruin einer gefüllten Korbflasche herbeiführen können, von denen die Einen in den eigenthümlichen physikalischen Verhältnissen des Glases selbst, die Andern in der Beschaffenheit des Füllungsmaterials, Dritte endlich in äußern Verhältnissen, wie Temperaturwechsel 2c. zu suchen sind.

A. Ursachen des Bruches, welche im Glase selbst liegen.

1) Ungleiche Dicke des Glases. Es ist der Natur der Sache nach fast unmöglich, wenigstens wäre es als ein sonderbarer Zufall anzusehen, wenn ein Glasgefäß von den hier vorliegenden Dimensionen von überall gleicher Wandstärke erstellt werden könnte; es weiß im Gegentheil Jeder, der mit solchen Ballonen umgegangen und solche zerbrochen gesehen hat, daß dieselben immer auf einer Seite des Umfanges sehr dick- und auf der derselben entgegengesetzten sehr dünnwandig sind. Dieser Unterschied findet sich häufig so ausgeprägt vorhanden, daß man geradezu nicht begreift, wie die dünne Seite dem Drucke des Inhaltes hat widerstehen können und der Bruch nicht gleich bei der ersten Füllung eingetreten war; man glaubt in diesen Fällen auch annehmen zu müssen, daß der leiseste äußere Einfluß auf die dünne Wandseite zur Zerstörung des Gefässes führen müßte. Beides ist jedoch nicht, wenigstens nicht in dem Maße

der Fall, als es den Anschein hat, indem die runde Form des Ballons, die Elastizität des Glases und die absolute Gleichförmigkeit, in welcher Flüssigkeiten ihren Druck nach allen Seiten ausüben, das Mißverhältniß compensiren; immerhin sind die Fälle häufig genug, wo eingetretener Bruch auf diese Ungleichheit in der Wandstärke der Ballone zurückzuführen ist. Hierbei darf nicht vergessen werden, daß wirkliche Fehler im Glase, wie blasige Beschaffenheit, eingeschmolzene Kieselstückchen 2c. die Zerbrechlichkeit eines Ballones bedeutend erhöhen und sich manchmal an Stellen befinden, welche bei der gewöhnlichen Verpackungsart der Beobachtung nicht zugänglich sind.

2) Rasche Kühlung des Glases bei der Fabrikation. Alles Glas, welches aus der Gelbgluth, in welcher es weich und formbar ist, rasch abgekühlt wird, zeigt bekanntlich sehr merkwürdige Cohärenzverhältnisse. Wohl behalten seine einzelnen Theilchen nach dem Erhärten die einmal eingenommene gegenseitige Lagerung, und die Masse bleibt starr und unbeweglich; sie befinden sich aber in einem so hohen Grade der Spannung, daß die geringste Störung in diesem mühsam erhaltenen Gleichgewichte hinreicht, um den Zusammenhang unter allen Theilchen auf einmal aufzuheben, so daß die Masse bersten oder gar zu Pulver zerfallen muß. Die hieher gehörigen Erscheinungen kommen an allen unsern Glaswaaren nur zu häufig zur Beobachtung. Es giebt sehr viele Gläser, welche bei der geringsten Verletzung ihrer Oberfläche, sei sie durch ein Sandkorn oder durch einen chemisch-wirkenden Körper eingetreten, sogleich Risse bekommen; ja häufig ist die gleichgewichtstörende Ursache gar nicht zu erkennen, und das Glas, welches ruhig und unberührt stand, zerspringt plötzlich klirrend in Stücke. Diese Verhältnisse zeigen sich auch manchmal an unsern Ballonen, so daß nicht geleugnet werden kann, daß dieselben häufig bei scheinbar äußerst geringfügigen äußern Veranlassungen, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, „von selbst“ zerspringen.

B. Ursachen des Bruches, welche in der Beschaffenheit des Inhaltes begründet sind.

Es giebt deren eine ziemliche Anzahl, theils physikalischen, theils chemischen Ursprunges; zu den erstern rechnen wir Flüchtigkeit, spezifisches Gewicht, Ausdehnungsverhältnisse; zu den letzteren: Einwirkungen auf die chemische Zusammensetzung des Glases, eigene Zersetzlichkeit und damit verbundene Gasentwicklung.

Die Flüchtigkeit eines flüssigen Ballon-inhaltes kömmt hier in erster Linie in Betracht: Siedet z. B. eine Flüssigkeit bei 25° C., so haben ihre im Ballon befindlichen Dämpfe bei dieser Temperatur bereits eine Spannung, welche dem Drucke einer Atmosphäre gleich ist und jede Temperaturerhöhung steigert dieselbe beträchtlich. Läßt man also ein solches Gefäß zur Sommerszeit in unbedeckten Wagen in der Sonne stehen, oder transportirt man es in solchen, so geschieht es gar leicht, daß die Dampf-Tension für die Widerstandskraft des Gefäßes zu groß wird, und es erfolgt eine Explosion, welche verschiedene Formen annehmen kann: es wird entweder der Verschluß gesprengt, also der Stöpsel hinausgeschleudert, oder es entsteht ein Riß im Ballon, oder es wird derselbe endlich in Trümmern umhergeworfen. — Auch das spezifische Gewicht einer Flüssigkeit kann von Bedeutung werden, weniger zwar des Gesammtdruckes wegen, welchen dieselbe auf Boden und Wandungen des Gefässes ausübt, als ihrer unvermeidlichen Bewegung wegen: spezifisch schwere Flüssigkeiten, wie z. B. Schwefelsäure, haben gewöhnlich eine dickliche, ölige Consistenz, und ihre Wellen schlagen ganz anders und mit viel größerer Wucht an die Gefäßwandungen, als diejenigen leichter Fluida, so daß sie unter Umständen den Ballon bei plötzlichen und heftigen Bewegungen im eigentlichen Sinne des Wortes von Innen zerschlagen können, besonders wenn

derselbe die oben erwähnten Ungleichheiten in der Dicke, oder Fehler im Glase besitzt.

Was die Ausdehnungsverhältnisse der Flüssigkeiten betrifft, so sind es besonders die niedern Temperaturen, welche in dieser Beziehung gefährlich sind und sehr häufig das Zerspringen von Glasgefäßen veranlassen. Bekanntlich dehnt sich das Wasser von + 4° C. an abwärts, bei seinem gänzlichen Mangel an Elastizität, mit einer unwiderstehlichen Gewalt aus, welcher selbst große Felsmassen weichen müssen, und Jedermann weiß, daß gefrierendes Wasser für Glasgefäße im höchsten Grade gefährlich ist. Da nun eine große Zahl von flüssigen Handelsprodukten, wie alle Säuren, Laugen, Salzlösungen 2c. wasserhaltig sind, so bieten sie in der Winterkälte dieselbe Gefahr für die Ballone dar, wie das Wasser selbst, und man sieht die Wirkung dieser Ausdehnung auch häufig genug eintreten; doch wird durch die dichte Strohumhüllung der Ballone in den Körben der Einfluß der Kälte bedeutend verringert.

Chemisch die Zusammensetzung des Glases alterirende Flüssigkeiten bringen in rasch gekühlten Gläsern sehr leicht die Gefahr der oben citirten molekularen Gleichgewichtsstörung, wodurch zunächst wenigstens Risse in der Glasmasse zu Stande gebracht werden. So ist jedem Fachmanne bekannt, daß besonders Laugen, selbst in offenen Gefäßen stehen gelassen, sehr häufig zum Springen derselben führen; auch können ganz besonders dünne und blasige Stellen eigentlich korrodirt oder durchgefressen werden.

Wenden wir uns nach diesen allgemeinen Erörterungen unserm speziellen Falle zu, so muß zunächst nachdrücklich hervorgehoben werden, daß eine eigentliche Expertise über die, bei dem Bruche der fraglichen Ballone obwaltenden Umstände, resp. über die möglichen Ursachen desselben nicht mehr vorgenommen werden konnte, da die zu beurtheilenden Objekte nicht mehr vorhanden waren, so daß eine Inspektion derselben und Konstatiren eines der oben erwähnten, auf das Glas bezüglichen Verhältnisse unmöglich war. In Be-

zug auf Bruchsursachen also, welche im Glase gelegen hätten, befinden wir uns in vollständiger Unkenntniß der Sachlage; im Betreffe des Inhaltes dagegen sind wir im Falle, jeden wünschbaren Aufschluß zu geben. Wir resümiren denselben kurz in Folgendem:

Das unter dem Namen „Neolin" im Handel circulirende Produkt ist eine complizirte Sammlung von Kohlenwasserstoffen, welche durch Destillation aus dem natürlichen Petroleum gewonnen wird. Es sind darin Präparate von sehr verschiedener Flüssigkeit vorhanden, wie uns Untersuchungen darüber gezeigt haben; eines derselben siedet wirklich schon bei 25 ° C., ist aber nicht in sehr großer Menge vorhanden, denn der Siedepunkt des Gemisches steigt sehr rasch bis zu 65 ° C. und endlich noch höher. Immerhin ist bei dem Transporte dieser Waare im Sommer Vorsicht und möglichster Schutz vor direkten Sonnenstrahlen dringend zu empfehlen; in der Jahreszeit aber, in welcher der Transport der fraglichen Ballone stattgefunden hat, kann dieses Verhältniß gar nicht in Frage kommen: ja, es ist in den uns übergebenen Aktenstücken ausdrücklich von großer Kälte die Rede, so daß an eine Dampfspannung, welche den Gefässen hätte verderblich werden müssen, gar nicht gedacht werden kann. Es käme also das entgegengesetzte Verhältniß, dasjenige der Ausdehnung beim Gefrieren in Betracht; allein diese Kohlenwasserstoffe gefrieren nicht, wenigstens nicht in unserer Winterkälte, und häufig sogar nicht in künstlichen Kältemischungen, und wenn auch einige von ihnen krystallinisch werden, so geschieht dieß ruhig und ohne die gewaltsame Ausdehnung, wie sie beim Wasser vorkommt. Eine Sprengung von Gefässen tritt hier nicht ein. — Die ganze Flüssigkeit ist viel leichter als das Wasser, und sehr dünnflüssig; Zertrümmern des Glases durch Wellenschlag ist hier ganz undenkbar. Wir finden also in den physikalischen Verhältnissen des Neolins durchaus keinen Anhaltspunkt, welcher die Annahme einer Gefahr für den Ballon Seitens der Flüssigkeit rechtfertigen könnte. Ebensowenig ist dieß im Betreffe

der chemischen Beschaffenheit der Flüssigkeit der Fall; dieselbe ist neutral und chemisch so indifferent, daß ein Anätzen der Glasoberfläche völlig unmöglich erscheint, eine Veranlassung zum Zerspringen auch eines schlecht gekühlten Ballons also durchaus nicht existirt. Auch eine Verdünnerung der Wandungen durch Corrosion ist hier nicht denkbar. Es faßt sich also unser Gutachten für den vorliegenden Fall dahin zusammen, daß das Neolin unter den Umständen, unter welchen sein Transport stattgefunden hat, eine Veranlassung zum Ruine der Ballone in keiner Hinsicht darbieten konnte.

In ausgezeichneter Hochachtung!

sig. Prof. Dr. **Schwarzenbach.**
sig. Dr. **Chr. Müller.**
sig. **Leuzinger**, Betriebsinspektor.

2) Urtheile des Richteramtes Bern.

1. Juli 1872.

Umfang der Haftpflicht der Eisenbahnen für Beschädigungen, welche das abzuliefernde Frachtgut auf auswärtigen Bahnen erlitten hat.

Der verehrl. Schweizer Handelsstand will noch immer nicht einsehen, daß die abliefernde schweiz. Eisenbahngesellschaft für Beschädigung und Verlust von Gütern, die nicht auf ihrem Gebiete stattgefunden haben, sondern auf demjenigen anderer, vorhergehender Eisenbahnen, nur nach Maßgabe derjenigen Gesetzesbestimmungen haftbar gemacht werden kann, unter welchen die frühern Frachtführer stehen. Dieß beweisen Aeußerungen von Handelsleuten hier und anderwärts (vgl. schweiz. Eisenbahn- und Handelszeitung), die sich dann nicht scheuen, den Gerichten Parteinahme für oder gar Abhängigkeit von den Eisenbahnen vorzuwerfen!

Dieß als Einleitung zur Darstellung folgenden kleinen Rechtsfalles:

Unterm 13. Dezember 1871 erhielten die HH. Lambelet und Comp. dahier durch die schweiz. Centralbahn eine Sendung von 24 Korbflaschen Negrolin (auch Neolin oder Petrolessenz genannt), welche mit Frachtbrief vom 17. Nov. gl. J. in Antwerpen der Eisenbahn übergeben worden waren. Zwei dieser Korbflaschen waren zerbrochen und leer. Die Empfänger belangten die schweiz. Centralbahn auf Schadenersatz; dieselbe wandte aber ein, es seien die fraglichen zwei Flaschen ihr in Basel bereits zerbrochen übergeben worden, und, da diese Güter zu denjenigen gehören, für welche laut Art. 424 des deutschen Handelsgesetzbuchs die Eisenbahnen nur in sehr beschränktem Maße haften, so könne auch sie im vorliegenden Falle nicht in Anspruch genommen werden.

Die hierauf bezüglichen Bestimmungen des D. H. G. B lauten:

Art. 395 (vom Frachtgeschäft überhaupt): „Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis-maior) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich durch innern Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. dgl., oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden ist."

Art. 423. (Vom Frachtgeschäft insbesondere): „Die . . . Eisenbahnen sind nicht befugt, die Anwendung der in den Artikeln 395 . . . . . enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung des Frachtführers zum Schadensersatze . . . . . . zu ihrem Vortheil durch Verträge (mittelst Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im Voraus auszuschließen oder zu beschränken, außer, soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist."

Art. 424. „Es kann bedungen werden:

1) 2) 3) . . . . . .

4) In Ansehung der Güter, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung, namentlich durch Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage u. s. w. zu erleiden.

Daß für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus dieser Gefahr entstanden ist."

5) 6) . . . . .

Ist eine der in diesem Artikel zugelassenen Bestimmungen bedungen, so gilt zugleich als bedungen, daß bis zum Nachweise des Gegentheils vermuthet werden soll, daß ein eingetretener Schaden, wenn er aus der nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist.

Eine nach diesem Artikel bedungene Befreiung von der Haftpflicht kann nicht geltend gemacht werden, wenn nachgewiesen wird, daß der Schaden durch Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstanden ist."

Gestützt auf diese, allerdings weit gehende gesetzliche Vergünstigung bestimmt nun das Betriebsreglement des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen, zu welchem auch die badische Staatsbahn gehört, Folgendes:

„22. 1) Die Eisenbahn haftet in Ansehung der Güter, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besondern Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung .... zu erleiden, nicht für den Schaden, welcher aus dieser Gefahr entstanden ist, insbesondere also nicht:

a. . . . .

b. für den Bruch: bei leicht zerbrechlichen Sachen, als: Möbeln und Hausgeräth, Glas, Eisenguß, leeren oder gefüllten Krügen, Flaschen und Glasballons, Zucker in losen Broden u. s. w.

2) 3) 4) 5) 2c. 2c.

6) In allen vorstehend unter 1 bis 5 gedachten Fällen wird bis zum Nachweise des Gegentheils vermuthet, daß ein eingetretener Schaden, wenn er aus der Seitens der Eisenbahn nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte, aus derselben wirklich entstanden ist."

Die Kläger gaben in thatsächlicher Beziehung zu, daß Korbflaschen in diejenige Klasse von Frachtgütern, von welchen in obstehenden auch für die belgischen Bahnen gültigen Bestimmungen die Rede ist, gehören, unternahmen jedoch den eventuellen Gegenbeweis, daß der Schaden im vorliegenden Falle nicht infolge der eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit des Frachtgutes eingetreten, sondern einem Verschulden der abliefernden oder einer frühern Eisenbahnverwaltung, resp. ihrer Leute, zuzuschreiben sei. Diese Behauptung wurde jedoch nicht näher substantiirt, sondern lediglich darauf basirt, daß der Bruch nicht ohne solches Verschulden habe eintreten können.

Es wurde demzufolge zum Beweise auferlegt:

a. der Beklagten:

daß der Bruch der fraglichen Korbflaschen nicht auf ihrer Bahnstrecke entstanden sei;

b. den Klägern (eventuell für den Fall, daß der Beklagten ihr Beweis gelingt):

daß der Schaden (Bruch) Folge eines Verschuldens einer frühern Eisenbahn oder ihrer Leute sei, (also nicht durch die Natur des Frachtgutes, allein oder in Verbindung mit der äußern Temperatur zur Zeit des Transportes, und auch nicht durch die beim ordentlichen Eisenbahntransporte unvermeidlichen Bewegungen und Stöße herbeigeführt werden könnte).

Beklagte übernahm den Beweis von a. durch Urkunden zu führen und legte zu diesem Ende verschiedene Rapporte der Bahnbeamten und Correspondenzen mit der badischen Staatsbahn vor, aus denen sich ergab, daß fragliche zwei Flaschen schon in Basel zerbrochen und leer angelangt und der schweiz. Centralbahn übergeben worden waren.

Kläger riefen als Beweismittel Sachverständige an, und es wurden als solche ernannt die HH. Prof. Dr. Schwarzenbach, Apotheker Dr. Müller und der Betriebsinspektor der Berner Staatsbahn, Hr. Leuzinger. Das gründliche und interessante Befinden, welches diese Herren abgaben, ist hievor abgedruckt.

Das Urtheil lautete wie folgt:

In Betrachtung:

1) daß, wie aus den von der beklagten Centralbahngesellschaft vorgelegten Urkunden genügend hervorgeht, der Bruch fraglicher zwei Korbflaschen bereits vor Uebernahme des Gutes durch die Centralbahn, resp. vor dessen Ankunft in Basel, mithin auf dem Gebiete der belgischen oder deutschen Eisenbahnen stattgefunden hat;

2) daß unter solchen Umständen die Klage aus dem Frachtvertrage nur unter den nämlichen Bedingungen gegen den schuldlosen abliefernden Frachtführer gerichtet werden kann, unter welchen diesem der Rückgriff gegen den Vormann zusteht, indem der zur Erleichterung des Verkehrs dem Empfänger eingeräumte Vortheil, auch den schuldlosen letzten Frachtführer belangen zu können, statt den Schuldigen aufsuchen zu müssen, die rechtliche Möglichkeit eines Rückgriffes des Belangten zur Voraussetzung hat (vgl. unter anderm Munzinger, Motive z. Entw. H. G. B. pag. 299 und 300);

3) daß im vorliegenden Falle die schweizerische Centralbahn einen Rückgriff gegen die vorangehenden Eisenbahnen nur unter der Bedingung ausüben kann, daß einer der letztern ein Verschulden nachgewiesen werde; zugestandenermaßen aber das beschädigte Frachtgut zu denjenigen gehört, für welche nach den in Deutschland und Belgien bestehenden Gesetzen und Transportreglementen die Eisenbahnen im Falle der Beschädigung nicht haftbar sind, sofern der eingetretene Schaden aus der Natur des Frachtgutes entstehen konnte, unter Vorbehalt des Beweises, daß im speziellen Fall ein Verschulden vorliege;

4) daß nun der von Seiten der Kläger angetretene Beweis des Vorhandenseins eines solchen Verschuldens mißlungen ist, indem die Sachverständigen in ihrem Gutachten vom 29. Juni 1872 gegentheils die Thatsache feststellen und wissenschaftlich begründen: „daß größere Glasgefäße bei der geringsten Verletzung ihrer Oberfläche, sei sie durch ein Sandkorn oder durch einen chemisch wirkenden Körper eingetreten," ja — fährt das Gutachten fort — „häufig ist die gleichgewichtstörende Ursache gar nicht zu erkennen, und das Glas, welches ruhig und unberührt stand, zerspringt plötzlich klirrend in Stücke. Diese Verhältnisse zeigen sich auch manchmal an unsern Ballonen" (Korbflaschen), „so daß nicht geläugnet werden kann, daß dieselben manchmal bei scheinbar äußerst geringfügigen äußern Veranlassungen, ja sogar auch ohne solche, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, „von selbst zerspringen;"

erkennt:

Kläger werden mit ihrem Rechtsbegehren abgewiesen unter Folge der auf Fr. 34. 78 bestimmten Kosten.

Vergl. Urtheil des Züricher Obergerichts bei Ullmer, Commentar z. pr. G. B. ad § 1653, Nr. 2273; Urtheil des Richteramts Bern. Zeitschrift Bd. I, pag. 274 fgde. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht X. 164. XII. 597. 600. Koch, Deutschlands Eisenbahnen pag. 414 ff. Seuffert, Archiv VII, Nr. 172, 355, Brinkmann, Handelsrecht, pag. 451.

Haftpflicht für gratis und ohne Garantie zur Spedition übernommene Güter.

8. Juli 1872.

Unterm 15. November 1871 übergab Oeler Schüpbach in Riedtwyl der Centralbahn auf dortiger Station drei Bündel leere Säcke zum Transport an die Adresse des Getreidehändlers

Bär in Bern, und zwar, wie er später als Zeuge bekundete, infolge Weisung des letztern als bloße Emballage zur „unentgeltlichen Spedition." Auf den Frachtbrief wurden die Worte geschrieben: „gratis retour ohne Garantie", und der Stationsvorsteher von Riedtwyl theilte dem Absender mit, daß die Eisenbahn in solchen Fällen „keine Verantwortlichkeit übernehme", und es war der Versender mit der Aufnahme der fraglichen Klausel im Frachtbriefe einverstanden. Von den fraglichen drei Bündeln wurden nur zwei dem Adressaten Bär abgeliefert; das dritte, im Werthe von Fr. 57. 50, war verloren gegangen, und alle Nachforschungen blieben fruchtlos.

Bär verlangte Schadenersatz für dieses verloren gegangene Bündel und behauptete namentlich: „die Worte „ohne Garantie" enthielten nur den Verzicht auf die reglementarischen Lieferfristen und könnten unmöglich den Sinn haben, daß die Eisenbahn von jeglicher Haftpflicht befreit werde, indem sonst derartige Transportgegenstände leicht von den Angestellten als vogelfreies Gut betrachtet werden dürfen u. s. w.

2) Sei das Transportreglement, auf welches Beklagter sich berufe, von der Regierung des Kantons Bern nicht genehmigt und die ordentlichen civilrechtlichen Grundsätze über Verantwortlichkeit des Frachtführers können durch dasselbe nicht alterirt werden.

Die beklagte Centralbahn ihrerseits machte geltend:

1) Die Garantie, resp. Haftpflicht, sei durch ausdrückliche Bestimmung des Frachtvertrages in diesem Spezialfalle aufgehoben, wie denn überhaupt derartige Sendungen nur mit Rücksicht auf die Aufhebung der Garantie den Vortheil des unentgeltlichen Transportes genössen, wie es sich aus dem Transportreglement der schweizerischen Eisenbahnen des Nähern ergebe.

2) Höre überhaupt bei „wohlthätigen Verträgen", zu welcher Klasse der vorliegende offenbar gehöre, jede Gewährspflicht — Garantie — von Rechtswegen auf, da Satz. 706 C. nur von „belästigenden" Verträgen spreche.

Der Kläger wurde abgewiesen,

in Betrachtung:

1) daß die Klausel „gratis retour ohne Garantie" erwiesenermaßen im Einverständnisse mit dem Absender der fraglichen Säcke auf den Frachtbrief gesetzt und diesem letztern bei Aufgabe des Frachtguts mitgetheilt wurde, daß die Eisenbahn keine Verantwortlichkeit für dasselbe übernehme;

2) daß sonach im vorliegenden Falle eine Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen über Haftpflicht des Frachtführers durch den Vertragswillen der Parteien festgestellt wurde;

3) daß allerdings auch in solchem Falle ein nachweisbares grobes Verschulden oder rechtswidrige Absicht, wie beim unentgeltlichen Aufbewahrungsvertrage (Satz. 733 C.) den Frachtführer haftbar machen würde, von einem solchen Fehler aber keine Spur vorhanden ist, die Eisenbahn vielmehr nach Lage der Akten die übliche Diligenz prästirt hat.

NB. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß das unter Nr. 2 oben von Seiten der Beklagten angerufene Argument nicht ernsthaft gemeint sein konnte, weßhalb es auch in den obigen Motiven nicht berücksichtigt wurde. Satz. 706 C., die Eviktionspflicht und Gewährspflicht für verborgene Mängel behandelnd, bezieht sich nach ihrem Wortlaut, wie nach ihrer Entstehungsquelle, dem gemeinen Rechte, nur auf solche Verträge, welche die „Uebertragung von Sachen" zum Gegenstande haben; es sind die römischen Grundsätze vom Kauf, ausgedehnt auf die ihm analogen Geschäfte, — niemals aber auf Arbeitsgeschäfte, wie der Frachtvertrag. — Was die Bedeutung des Transportsreglements betrifft, so sind die Praxis und die Wissenschaft wohl jetzt darüber einig, daß dessen Bestimmungen an und für sich als den Inhalt des Frachtvertrages bildend nicht betrachtet werden können, selbst wenn sie demselben beigedruckt wären. Dagegen konnte es zur Interpretation der Klausel „ohne Garantie" angerufen werden.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

März 1872.

1) Erwerb und Verlust von Servituten durch Zeitablauf. Feststehende Uebung mit Bezug auf die Ausübung.

Vom 7. März.

In einer vom 15. Dezember 1867 datirten Klage stellte Joh. Hübscher folgendes Rechtsbegehren:

Es sei gerichtlich zu erkennen, es bestehe zu Gunsten der Rainmatte des Klägers eine Wegdienstbarkeit über die Großmatte des Beklagten für Heu, Emd, Herbstweid und Holzabfuhr, so wie es bis dahin ausgeübt worden sei.

Diesem Rechtsbegehren fügte er erläuterungsweise bei:

„Er verstehe diese Wegdienstbarkeit nach bisheriger Uebung in dem Sinne, daß er berechtigt sein soll, mit dem ungeladenen Wagen oben, d. h. auf der Westseite, über das Grundstück des Beklagten auf sein Grundstück zu fahren, unten, d. h. auf der Ostseite, ihm für Heu und Emd jedoch ein unbedingtes Zu- und Vonfahrtsrecht zustehe. Für die Benutzung der Herbstweide und das Abführen des Holzes nehme er das Wegrecht bloß zu sog. unschädlichen Zeiten in Anspruch. Auf ein weitergehendes Wegrecht werde verzichtet."

In seiner Klagsbegründung führte der Kläger an, der Beklagte Nobs habe seine sechs Jucharten haltende Großmatt erworben in Folge Erbauskauf- und Theilungsvertrages vom 18. April und 18. Juli 1857 zwischen ihm und seinen Geschwistern, und es werde in diesem Titel angegeben: darüber führe auf Seite gegen Mitternacht ein Weg. Ferner haben Durchfahrtsrecht mit Heu und Emd Johann Hübscher und die Gebrüder Rudolf und Bendicht Hügli zu ihren Rainmatten. Den Geschwistern Nobs selbst sei dieses Grundstück unterm 21. März 1857 zugefertigt worden mit der Angabe: „darüber führe ein Weg." „Der hievor auf der Großmatte angezeigte Feldweg besteht nun am Platz der im Anfang zum Erwerbstitel angezeigten Wegbeschwerden." In der Klage werden noch andere Erwerbstitel von Vorbesitzern der Großmatte angeführt und angebracht: in einem der Kaufbeile vom 1. März und 8. April 1852 beigefügten Anhang werden folgende auf der Großmatt haftende Wegbeschwerden angezeigt: 3) Zu Gunsten der Rainmatten des Rudolf Hügli, Hans Hübscher und Hans Hofmann von Baggwyl ein Fahrrecht zu unschädlichen Zeiten." Aus einigen noch ältern Erwerbungstiteln von Vorbesitzern der Großmatt führte der Kläger zwar keine ein Wegrecht zu Gunsten der Rainmatte betreffenden Stellen an, wohl aber solche, die erklären, die Großmatt werde übergeben mit Stegen, Wegen Zu- und Vonfahrt, mit zugehörigen Rechten und darauf haftenden Beschwerden und ähnlichen gleichbedeutenden Ausdrücken.

Die Rainmatte des Klägers liege südlich von der Großmatte des Beklagten. Auf der Westseite beider Grundstücke befinde sich der sog. Mühle- oder Wässerbach, von welchem an

das Grundstück des Klägers ziemlich steil abfalle. Dieser Abhang sei so steil, daß das Fahren und Wenden der Wagen sehr erschwert und beschränkt sei. Auch die Großmatte des Beklagten liege an dem gleichen Abhange, jedoch sei das Gefäll bei derselben zum größern Theil viel unbedeutender und deßhalb das Fahren über dieselbe im Allgemeinen überall sehr leicht. Zwischen beiden Grundstücken befinde sich ein Lebhag, der jedoch einzelne Lücken enthalte, wo man mit einem Wagen hindurchfahren könne. Dieses sei namentlich zu oberst längs dem Wässerbach und auch beinahe zu unterst, d. h. gegen Osten, an mehreren Orten der Fall. Schon seit unvordenklichen Zeiten und jedenfalls schon seit dem Jahr 1813 sei der Weg zur Rainmatte des Johann Hübscher über die Großmatte des Jakob Robs genommen worden, und zwar in doppelter Richtung, nämlich sowohl oben als unten durch dieselbe. Dieses Wegrecht sei je nach Bedürfniß ausgeübt worden, indem man sich dessen namentlich für die Abfuhr des Heues und Emdes, das Abäzen der Herbstweide und das Abführen des dem Bache entlang wachsenden Holzes bedient habe. Das Laden des Heues und Emdes sei jeweilen in dem obern Winkel des Grundstückes des Hübscher beim Einmünden des obern Wegrechts begonnen und dann gegen Süden und durch eine Wendung gegen die untere Ausfahrt zu fortgesetzt worden. Auf jene Stelle, wo das Laden begonnen habe, mit einem ordentlichen Heuwagen durch die untere Einfahrt zu gelangen und die Richtung des Wagens nach Süden zu haben, sei aber von jeher unmöglich gewesen, und wäre es auch heute noch. Ebenso ergebe sich aus der Lage der Grundstücke, daß überhaupt eine andere Zu- und Vonfahrt als über die Großmatte des Beklagten nicht möglich sei, und in dem Umfange, wie das Dienstbarkeitsrecht jetzt in Anspruch genommen werde, sei es schon vor 1818 und seither immer ausgeübt worden.

In seiner Hauptvertheidigung erklärte der Beklagte: Er anerkenne, daß dem Kläger Johann Hübscher, als Besitzer der Rainmatte, ein Durchfahrtsrecht über seine Großmatte in dem Umfange zustehe, daß er berechtigt sei, mit Heu und Emd an einer bestimmten Stelle und zwar in der Richtung, die auf dem dieser Vorkehr beiliegenden Handrisse mit aa. bezeichnet sei, darüber zu fahren und dazu das Terrain in der für die Ausübung erforderlichen Wegsweite in Anspruch zu nehmen. Robs wolle sogar, wenn eine andere Stelle als geeigneter für die Ausübung dieser Durchfahrt angesehen würde, diese an einer andern Stelle gestatten. Es bestreite der Beklagte noch zur gegenwärtigen Stunde das Rechtsbegehren der gegnerischen Klage

in dem Sinne der so eben gegebenen Anerkennung nicht, jedoch unter Protestation gegen alle und jede Kosten. Dagegen bestreite er die Pflicht, an zwei oder mehreren Stellen das Fahren über seine Großmatt und für etwas anderes als für die Abfuhr von Heu und Emd aus der Rainmatte des Klägers Hübscher zu dulden und namentlich neben der untern oder östlichen noch eine weitere oder westliche Zufahrt dem sog. Mühle- oder Wasserbache nach, wie sie in dem beigefügten Handrisse mit bb. bezeichnet sei, zu gestatten.

Der Klage selbst setzte der Beklagte vorerst eine prozeßhindernde Einrede entgegen, und trug eventuell auf Abweisung an, insoferne mehr gefordert werde als zugestanden.

Zu Begründung der prozeßhindernden Einrede brachte der Beklagte im Wesentlichen Folgendes an:

In dem frühern Erwerbtitel vom 13. November 1817 sei eine besondere Dienstbarkeit zu Gunsten der nunmehr dem Kläger Johannes Hübscher angehörenden Rainmatte auf der Großmatte des Beklagten nicht erwähnt, sondern es sei in einer damals üblichen Klausel lediglich gesagt, daß das Erdreich „mit Rechten und Beschwerden, wie bisher inne gehabt, genutzet und besessen worden, überhaupt, wie es Alles sich gegenwärtig in Stand und Wesen befinde", übergeben werde. In einer Anzahl anderer der angeführten Erwerbungstiteln von Vorbesitzern der Großmatte sei einer speziellen Dienstbarkeit zu Gunsten der Rainmatte des Klägers ebenfalls keine Erwähnung gethan.

Die erste positive Spur von dem Dasein eines Wegdienstbarkeitsrechtes auf der Großmatte des Beklagten zu Gunsten der Rainmatte des Klägers und anderer dabei liegender Grundstücke finde sich in einem Anhange zu der Kaufbeile vom 1. März und 8. April 1842, worin folgende Wegdienstbarkeit angezeigt sei: „3) Zu Gunsten der Rainmatte des Rudolf Hügli, Hans Hübscher und Hans Hoffmann zu Baggwyl ein Fahrrecht zu unschädlichen Zeiten."

Dieser Anhang sei nur von den damaligen Contrahenten unterzeichnet worden, ohne daß der heutige Kläger oder irgend einer seiner Vorbesitzer mitgewirkt hätte, weßhalb er auch keine Rechte daraus herleiten könne. In dem Zufertigungsbegehren vom 18. März 1857 sei bezüglich der auf der Großmatte lastenden Wegrechte angezeigt: „darüber führe ein Weg, der hievor auf der Großmatte angezeigte Feldweg bestehe nun am Platze der im Anhange zu dem Erwerbtitel angezeigten Wegbeschwerden." Nur mit diesen Beschwerden habe die Zufertigung stattgefunden und es seien daher auch keine anderen anzuerkennen.

Die Vorbesitzer des heutigen Beklagten Jakob Robs hätten sich demnach von jeher, namentlich seit der Zufertigung des ältesten Erwerbtitels zur Großmatt im Jahr 1818 bis 1842, im zugefertigten Besitze der Freiheit dieses Grundstückes von jeder und von da an bis zum 21. März 1857 von jeder weitergehenden oder anderen Wegdienstbarkeit als die in dem erwähnten Anhange zu Gunsten der Rainmatte vorbehaltenen resp. angezeigten befunden. Von den Erwerbtiteln des Klägers thäten zwar einige Erwähnung von existirenden Zu- und Vonfahrtsrechten, allein in keinem derselben sei die vom Kläger in Anspruch genommene Dienstbarkeit ausdrücklich erwähnt, und es werde daher verneint, daß dieselbe durch die in einigen vorkommenden Klauseln Zu- und Vonfahrt, Weg und Steg u. dgl. konstatirt oder auch nur indizirt sei. Endlich wurde von Seiten des Beklagten auch bestritten, daß eine Ausübung der fraglichen Servitut stattgefunden habe, namentlich eine solche, die geeignet sein könnte, die Usucapion zu begründen. Da nun der Beklagte oder seine Vorbesitzer sich seit dem 1. April 1828, seit mehr als 10 Jahren, im zugefertigten Besitze der Freiheit der Großmatte befinden mit Bezug auf alle in den Erwerbtiteln nicht angezeigten Dienstbarkeiten, mithin auch von dem klägerischer Seits beanspruchten Zu- und Vonfahrtsrechte zu der Rainmatte, so müsse die Freiheit der Großmatte von weitergehenden Anforderungen als durch Zeitablauf erworben angesehen werden.

Zu Begründung seiner einläßlichen Bestreitung des klägerischen Rechtsbegehrens, soweit dasselbe noch als streitig angesehen werden mußte, berief sich der Beklagte auf das in seiner einläßlichen Vertheidigung Gesagte und verneinte, daß die in den gegnerischen Erwerbtiteln enthaltenen Verbalien über Zu- und Vonfahrts- und Wegrechte dem Kläger das eingeklagte Wegrecht in der von ihm beanspruchten Ausdehnung einräumen.

In der Replik brachte der Kläger noch Folgendes an: Schon seit unvordenklichen Zeiten, namentlich auch seit dem Jahre 1817 und während desselben hatten die Kläger und die frühern Besitzer seiner Rainmatte über die Großmatte des Beklagten resp. seiner Vorbesitzer eine Wegdienstbarkeit im Sinne der hierseitigen Klage in Anspruch genommen und ausgeübt; und das Nämliche sei auch der Fall seit dem Jahr 1857, seit welchem Zeitpunkt der Beklagte seinen angeblich zugefertigten Freiheitsbesitz durch Usucapion ergänzt und vervollständigt haben wolle.

In beiden Instanzen wurde die peremtorische Einrede des Beklagten abgewiesen, das Klagsbegehren dagegen zugesprochen.

Motive für Abweisung der peremtorischen Einrede.

Daß wenn auch die Erwerbtitel des beklagten Robs und seiner Vorbesitzer von dem vom Kläger in Anspruch genommenen Dienstbarkeitsrecht, soweit solches nicht anerkannt ist, keine Erwähnung thun würden, daraus noch nicht folgt, daß der Beklagte seit mehr als 10 Jahren im zugefertigten Besitz der Freiheit der Großmatte von jenem Dienstbarkeitsrecht sich befinde und mithin diese Freiheit durch Verjährung erworben habe;

daß nämlich der Kläger und sein Vorbesitzer das eingeklagte Dienstbarkeitsrecht nichtsdestoweniger stets ausgeübt haben können, wie dieß auch in der Klage behauptet wird, in welchem Falle von einem Freiheitserwerbe des Beklagten nicht die Rede sein könnte.

Motive für Zusprechung des Klagsbegehrens.

Daß die Parteien nur noch darüber streitig sind, ob dem Kläger, als Besitzer der Rainmatte, oben oder auf der Westseite eine Zufahrt über die Großmatte des Beklagten und ihm die untere oder östliche Durchfahrt auch für die Benutzung der Herbstweide und das Abführen des Holzes zustehe;

daß die Erwerbtitel des beklagten Robs, insbesondere die Kaufbeile von 1842, auf welche sich der Kläger Hübscher zunächst beruft, zwar nicht ergeben, daß der Beklagte an zwei Stellen das Fahren über seine Großmatte zu dulden habe, wohl aber das in diesem Titel dem Kläger eingeräumte Fahrrecht zu unschädlichen Zeiten, als das Recht zum Durchtrieb für die Herbstweide und zur Holzabfuhr in sich begreifend, anzusehen ist;

daß die willkürlichen Abänderungen, welche der über die Wegbeschwerde handelnde Passus dieses Titels in späteren Erwerbtiteln des Beklagten erlitten hat, dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen können;

daß durch Zeugenaussagen erwiesen ist, daß der Kläger und seine Vorbesitzer die von ihm angesprochene obere oder östliche Zufahrt über die Großmatte seit dem Jahr 1821 bis zur Zeit der Klage ungehindert ausgeübt hat;

daß die gleiche Aussage ein vollgültiger Zeuge, Jakob Schori, bezüglich der Jahre 1803 bis 1812 und ein anderer vollgültiger Zeuge, Anna Zaugg geb. Hügli, bezüglich der Jahre 1817 bis 1822 gemacht hat;

daß wenn auch für die Jahre 1818 bis 1820 nur das Zeugniß der Anna Zaugg geb. Hügli Geltung hat, doch dasselbe durch die Aussagen aller übrigen Zeugen unterstützt und bestätigt wird;

daß allerdings die unter der Herrschaft der Gerichtssatzung ohne gerichtliche Zufertigung begonnenen Verjährungen von Dienstbarkeitsrechten nicht unter dem gegenwärtigen Civilgesetzbuch vollendet werden können, so daß mithin letztere vor dem 1. April 1828 durch Verjährung erworben sein müssen (Satz. 450 und 453 C. in Verbindung mit § 3 des Promulgationsgesetzes);

daß aber gemäß Satz. 458 C. das Maaß, in welchem eine Dienstbarkeit ausgeübt werden darf, in Ermanglung deutlicher Titel durch die anerkannte Uebung bestimmt werden soll, und somit nach dieser Vorschrift jenes Beweisergebniß im vorliegenden Falle immerhin zu Gunsten des Klägers den Ausschlag geben mußte.

2) Ignoranzeid des Relaten.

Vom 8. März.

Durch Klage vom 16. September 1871 behauptete Frau Rosina Römer geb. Mürset, ihrem Sohne Friedrich Römer im Herbste 1870 ein Darlehn von Fr. 400 gemacht zu haben, um eine Kuh zu kaufen. Nach dem Tode desselben sei ein amtliches Güterverzeichniß aufgenommen worden, in welchem die Ansprache geltend gemacht worden sei, und die Wittwe habe sodann die Erbschaft angetreten. Als Beweismittel zu Erwahrung des stattgefundenen Darlehens wurde der Eid der Beklagten angerufen. In ihrer Antwort bestritt die letztere, daß ihr verstorbener Ehemann von seiner Mutter darlehensweise Fr. 400 erhalten habe, und berief sich eventuell auf Zurückzahlung oder stattgefundene Verrechnung. Als Beweismittel hiefür wurde auch ihrerseits Eideszuschiebung gewählt, und gleichzeitig der ihr zugeschobene Eid zurückgeschoben. Replicando verneinte die Klägerin die stattgefundene Bezahlung oder Verrechnung und schob den ihr deferirten Eid zurück. Im Beweisverfahren wurden beide Parteien abgehört und es beschwor die Klägerin die Thatsache des gemachten Darlehens, die Beklagte dagegen als Eidesrelatin beschwor in Betreff der von ihr selbst behaupteten Thatsachen der Rückzahlung oder eventuell der Verrechnung das Nichtwissen. Gestützt auf dieses Ergebniß wurde der Beklagten ihr Abweisungsschluß zugesprochen, und zwar in oberer Instanz unter Annahme folgender M o t i v e:

daß das in der Klage behauptete Darlehen durch die Deposition der Eidesrelatin Wittwe Rosina Römer erwahrt ist;

daß dagegen in Betreff der von Wittwe Marianna Römer aufgestellten Schutzbehauptung der Bezahlung dieselbe in ihrer Abhörung als Eidesrelatin das Nichtwissen vorschützte;

daß nach § 260 die zum Eid angehaltene Partei das Nichtwissen vorschützen kann, wenn nicht ihr eigenes Faktum in Frage steht und dieses Recht, da das Gesetz keine Unterscheidung macht und die Prozeßparteien in der Regel gleiche Rechte haben, dem Relaten wie dem Delaten zusteht;

daß somit Wittwe Marianna Römer das Nichtwissen vorschützen konnte;

daß dieselbe in ihrer Abhörung erklärt hat, sich alle Mühe gegeben zu haben, die Wahrheit zu erfahren, insbesondere die Bücher ihres verstorbenen Ehemannes durchgesehen habe, und genügende Gründe angibt, warum sie sich nicht auch bei Julie M. geb. Str. erkundigt habe;

daß sie unter diesen Umständen ihrer daherigen Pflicht genügt hat (§ 261 f.);

daß übrigens Wittwe Rosina Römer, welche, obwohl sie über die Thatsache der Zurückbezahlung oder Verrechnung Auskunft geben konnte, den ihr zugeschobenen Eid zurückgeschoben hat, sich die daraus, daß ihre Gegnerin das Nichtwissen vorschützte, für sie entstehenden nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben hat. *)

3) Manifestation über angeblich ehrrührige Thatsachen.

Vom 14. März.

Nach dem Tode ihres Ehemannes Fried. Römer leitete seine Wittwe Marianna Römer gegen den Bruder und zwei Neffen desselben, sowie gegen eine Dienstmagd ein Manifestationsverfahren ein, um zu konstatiren, ob nicht Zinsschriften, Quittungen, Hausbücher und Zinsrödel ganz oder theilweise verschwunden seien. Gegen dieses Manifestationsverfahren wurde von Seite der Herren Wilh. Römer und Mithafte das Recht dargeschlagen und der Incidentalschluß gestellt, die Wittwe Römer sei nicht berechtigt, die Impetraten über den Wortlaut der im Manifestationsgesuch enthaltenen Thatsachen abhören und beeidigen zu lassen, weil durch die von ihr hervorgehobenen Thatsachen die Ehre der Herren Römer und Mithafte berührt und

*) Daß dieser Entscheid der bisherigen Praxis, der Wissenschaft und dem Gesetz widerspricht, werden wir in der nächsten Nummer nachweisen.
Die Redaktion.

in Folge dessen das in Satz. 504 C. vorgesehene Manifestationsrecht überschritten werde. Dieses Begehren wurde in beiden Instanzen verworfen, und zwar in oberer, unter Annahme folgender Motive:

daß nach den Erklärungen der Parteien das Manifestationsverfahren prinzipiell zugegeben und nur streitig ist, ob die mitgetheilten Beweisthatsachen resp. Beweisfragen — an deren Wortlaut die Impetrantin übrigens nicht festhält — das durch Satz. 504 C. vorgesehene Manifestationsrecht überschreiten;

daß die Impetrantin als Betheiligte im Sinne der Satz. 504 C. anzusehen ist und die Impetraten Gelegenheit gehabt hatten, Gegenstände der Verlassenschaft auf die Seite zu schaffen;

daß es in der Natur des Manifestationsrechtes liegt, daß unter Umständen Fragen gestellt werden können, welche für den Abzuhörenden unangenehm sind, und, namentlich wenn sie bejahend beantwortet werden müßten, dessen Ehre nahe treten würden;

daß dagegen unrichtig ist, wenn behauptet wird, der Abzuhörende würde sich durch die Bejahung solcher Fragen einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen, indem dergleichen prozessualische Zugeständnisse im Civilprozesse nur formelle Wahrheit enthalten und übrigens jeder Beweis einer zu einer Bestrafung erforderlichen Absicht fehlen würde; *)

daß im vorliegenden Falle die von der Impetrantin gestellten Fragen der Sachlage angemessen erscheinen und in Betreff der thatsächlichen Angaben gegen kein Gesetz verstoßen.

4) Auslegung des Art. 536 des Vollziehungsverfahrens.

Vom 15. März.

Für eine Forderung von Fr. 584. 90 ließen die Gebrüder Vautier in Grandson dem Abr. Stettler 30 Säume Most pfänden und am 27. Juni 1871 gantrechtlich versteigern. Da kein Angebot erfolgte, so wurde der Pfandgegenstand den HH. Vautier für $^2/_3$ des Werthes zugeschlagen, und dieselben in der Gantliquidation für ihre Forderung auf diesen Schatzungswerth angewiesen. Die daherige Anweisung wurde dem Hrn. Rechtsagenten Surber zu Handen seiner Auftraggeber am 2. Juli 1871 zugestellt, von ihm aber in Folge erhaltenen Auftrages

*) Dieses Motiv ist offenbar zu weitgehend, und ein unter dem Eid abgelegtes Geständniß, eine rechtswidrige Handlung begangen zu haben, ist keineswegs nur als „formelle Wahrheit" anzusehen.

unterm 11. Juli 1871 ausgeschlagen. In Folge dieser Ausschlagung schritt Hr. Surber zu einer neuen Pfändung, gegen deren Zulässigkeit Stettler opponirte und gegen das Richteramt Bern wegen deren Bewilligung Beschwerde führte. Zu Begründung brachte er an, die Steigerung habe am 27. Juni stattgefunden und es sei auch wegen mangelnden Angebotes die Zuschlagung des Steigerungsgegenstandes sofort an den Gläubiger erfolgt. Die Ausschlagung der Anweisung aber sei erst am 11. Juli erfolgt und nicht nach Vorschrift des Art. 536 sofort nach beendigter Steigerung. Ferner nicht sofort beim Empfang des Anweisungsschreibens, noch auch innert der Frist von acht Tagen (§ 537 V. V.).

In ihrer Antwort beriefen sich die Gebrüder Vautier darauf, daß weder sie noch ihr Bevollmächtigter bei der Versteigerung anwesend gewesen seien und auch keine gesetzliche Verpflichtung hiezu gehabt haben. Das Anweisungsschreiben sei dem Bevollmächtigten am 2. Juli zugekommen und bereits unterm 8. Juli 1871 habe derselbe in Folge erhaltenen Auftrags die Ausschlagung erklärt, welche jedoch erst am 11. gl. M. protokollirt worden sei.

Eine neue Pfändung sei daher verlangt und vom Richteramt Bern bewilligt worden. Der von Stettler eingeschlagene Weg sei nun nicht der richtige, da gegen dergleichen Akte des Vollziehungsverfahrens, gegen die ein Schuldner zu klagen habe, nur auf dem Wege der Beschwerdeführung könne vorgegangen werden. Zudem sei die Ladung zur Kassationsverhandlung zu spät erlassen worden, die Pfändung habe nämlich schon am 17. Juli, die Anlegung der Ladung aber erst am 24. Juli stattgefunden.

Dieser Vertheidigung gemäß stellten die Herren Vautier dem Kassationsbegehren Stettlers eine peremtorische Einrede entgegen und eventuell einen Abweisungsschluß.

Die erstere wurde oberinstanzlich unter Annahme folgender Motive abgewiesen:

daß es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Vollziehungsbefehl und um einen nachträglichen Widerspruch gegen denselben im Sinne des § 443 ff. V. V. handelt, sondern um eine Pfändungsausführung, die ohne vorherige Ankündigung gemacht wurde;

daß der von Stettler erhobene Einspruch unter die Fälle des § 453 V. V. gehört, indem nach seiner Ansicht die Gebr. Vautier, weil sie die Anweisung auf das unversteigert gebliebene

Quantum Most nicht ausgeschlagen haben, bis an restanzliche Fr. 36 bezahlt seien;

daß nach § 453 B. B. rücksichtlich des Verfahrens in solchen Fällen die §§ 407 und 408 B. B. zur Anwendung kommen;

daß in diesen Bestimmungen von einer viertägigen Frist, innerhalb welcher dem Weibel Anzeige gemacht und vorgeladen werden müßte, nicht die Rede ist;

daß Formalitäten nicht zu präsumiren sind.

Der einläßliche Abweisungsschluß der Herren Vautier wurde dagegen zugesprochen und das Kassationsbegehren Stettlers abgewiesen. Motive:

daß bei der Gantsteigerung vom 27. Juni 1871 weder die Gebrüder Vautier, noch deren Bevollmächtigter anwesend waren;

daß letzterer, nachdem ihm die Anweisung zugestellt worden, sofort Erstere um Weisung ersuchte und als er dieselbe erhalten, die Anweisung ausschlug und eine neue Pfändung verlangte;

daß die Vorschrift des § 536 B. B. nicht so ausgelegt werden kann, als habe der Gläubiger, der nicht sogleich nach beendigter Steigerung die Anweisung auf unversteigert gebliebene Gegenstände ausschlägt, auf die Ausschlagung verzichtet und die Anweisung angenommen, indem:

a. das Gesetz diese Folgen nicht ausspricht,

b. materielle Gründe, um dieses anzunehmen, nicht vorhanden sind, da der Schuldner kein Interesse an der sofortigen Veranstaltung einer neuen Pfändung Seitens des Gläubigers hat, und dadurch, daß der Gläubiger genöthigt würde, der Steigerung stets selbst oder durch Vertretung beizuwohnen, nur die dem Schuldner auffallenden Kosten vermehrt würden,

c. deßhalb anzunehmen ist, daß die erwähnte Bestimmung dem Gläubiger nur ein Recht einräumen wollte, und derselbe somit die Anweisung noch nach dem Steigerungstage gültig ausschlagen und in diesem Falle eine neue Pfändung veranstalten könne;

daß wenn sich der Schuldner darüber beklagen wollte, daß bei der neuen Pfändung, entgegen der Vorschrift des § 457 B. B., mehr Pfänder genommen wurden als zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig gewesen, dieses, bei der damaligen Abwesenheit des Gläubigers mittelst einer Beschwerde gegen den Weibel hätte geschehen müssen.

JURA BERNOIS.

5) Obligation de livrer par jugement. — Exécution en dommages-intérêts. — Exception de force majeure.

Celui qui a été condamné à livrer une certaine quantité de marchandise et qui prouve que dans le délai de la loi pour exécuter ce jugement il en a été empêché par une force majeure, est dispensé au vu de l'art. 1148 C. C. fr. de payer dès à présent les dommages-intérêts réclamés.

Affaire Jacques Schlachter contre Théobald Maitre.

16 Mars 1872.

Suivant jugement du tribunal de commerce de Porrentruy, du 6 Décembre 1870, Ch. Maitre a été condamné à livrer à J. Schlachter quinze milliers de foin, bonne qualité, en gare à Delle, à raison de 35 fr. le millier. Ce jugement avait pour cause une convention du mois de Juin précédent que Maitre déniait et qui fut établie en justice. Devant le tribunal consulaire, Schlachter réclamait en outre des dommages-intérêts, mais ce chef de conclusions fut écarté par l'autorité judiciaire qui ne condamna Maitre qu'à la livraison du foin vendu. Après le jugement du 6 Décembre 1870, Th. Maitre se rendit à Delle pour prendre possession de 15 milliers de foin qu'il y avait achetés et qu'il voulut faire transporter en gare. Mais l'autorité militaire allemande qui occupait Delle jusqu'à la frontière s'opposa à la sortie de ce foin, et la livraison ne put s'effectuer. De son côté, J. Schlachter, nanti de son titre, s'adressa par requète du 28 Janvier 1871 au Préfet pour procurer l'exécution du jugement prérappelé. Cette requète fut ordonnancée et notifiée, mais les sommations légales restèrent infructueuses. Par assignation du 21/22 Février 1871, Schlachter intenta alors la présente action en dommages-intérêts, prétendant que par la non-exécution du jugement de la part de Maitre, il éprouvait une perte de 65 fr. par millier de foin non livré et qu'ayant dû payer cette différence pour se procurer le foin dont il avait besoin, il avait droit de se recupérer de cette perte sur le défendeur en retard. Celui-ci souleva contre la demande en dommages-intérêts une exception tirée du cas fortuit ou de la force majeure et conclut au débouté de la demande comme non recevable par suite de l'impossibilité dans laquelle le défendeur s'était trouvé de livrer

dans les délais. Il fut constaté en procédure que les 15 milliers de foin avaient été achetés à temps, qu'ils n'avaient pas pu être livrés en gare de Delle ensuite de la défense des autorités militaires prussiennes, que le pays français a été occupé par les troupes allemandes du 9 Novembre 1870 au 11 Mars 1871, et que pendant tout ce temps l'importation de France en Suisse était prohibée, et que l'exportation de Suisse en France était très périlleuse.

Le juge de première instance débouta Schlachter de sa demande en dommages-intérêts, et ce jugement fut confirmé en appel par arrêt du 16 Mars 1872, avec adoption des motifs suivants :

Considérant :

1. Qu'il ne s'agit point dans l'espèce d'une opposition faite à l'exécution d'un jugement en vertu de l'art. 401 C. pr. civ. bern.;

2. Que sans méconnaître la valeur légale du jugement rendu le 6 Décembre 1870, le défendeur conteste que des dommages-intérêts soient dûs au porteur de ce titre à raison du défaut d'exécution et se fonde pour justifier son refus sur l'impossibilité où il s'est trouvé de satisfaire au prononcé;

3. Que l'exception déduite de la force majeure s'applique à toute obligation de faire (art. 1148 C. c. fr.); qu'ainsi le débiteur a le droit de l'invoquer même lorsqu'il est assigné en dommages-intérêts dans le cas prévu par l'art. 394 C. pr. civ. bern.;

4. Que Schlachter ne peut objecter que la citation du 15 Juillet 1870 a constitué Maitre en demeure, puisque les dommages-intérêts dont la liquidation est requise dérivent uniquement de l'inexécution du jugement du 6 Décembre et que, touchant l'objet de ce jugement, il n'y a eu mise en demeure que par la sommation notifiée le 30 Janvier 1871;

5. Que le dispositif n'impose au défendeur que l'obligation de livrer et rejette la demande d'indemnité formée pour cause d'inexécution de la convention intervenue; qu'il importe peu dès lors qu'avant le 6 Décembre l'exécution de cette convention ait été possible de la part de Maitre;

6. Qu'en fait les pièces produites et les déclarations des témoins entendus constatent :

a. Que du 9 Novembre 1870 au 11 Mars 1871 la ville de Delle a été occupée par les troupes allemandes;

b. Que toute exportation de fourrage était interdite pendant la durée de l'occupation;

c. Que Maitre, après le jugement, s'est procuré à Delle le foin qu'il était tenu de livrer et que, malgré les démarches par lui faites, l'autorisation de transport lui a été refusée;

d. Que ce foin a dû être cédé à la commune ensuite de réquisitions de l'autorité militaire prussienne;

e. Que la livraison en gare de Delle, de quelque manière qu'elle eut lieu, ne pouvait s'opérer sans danger de saisie;

7. Que la force majeure est donc établie et qu'il est certain notamment que l'impossibilité de livrer existait pendant le délai fixé au défendeur par l'ordonnance préfectorale, de même que lors de la production de l'état de dommages-intérêts;

8. Que nonobstant le rejet de la demande aetuelle, les droits de Schlachter tels que les détermine le jugement du 6 Décembre 1870, restent intacts et qu'en conséquence, si Maitre ne s'exécute pas volontairement, le demandeur pourra de rechef requérir l'exécution dans la forme tracée par la loi,

P. C. M.

La Cour, confirme en principe, adjuge au défendeur Maitre ses conclusions et partant débouts le demandeur Schlachter de sa demande en fixation de dommages-intérêts.

Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung des Kantons Solothurn.

Januar und Februar 1872.

Vom 10. Januar.

1) Aufkündung eines Lehens vor Ablauf der Vertragszeit.

Wenn Gebäulichkeiten, welche einen wesentlichen Theil des Lehenobjektes bilden, durch Brand zerstört werden, so ist der Lehengeber berechtigt, ohne Rücksicht auf die vertragsmäßige Lehenzeit von dem Lehenvertrage abzugehen; es kommt in diesem Falle die Bestimmung des § 1125, Ziff. 1 C. G. B. zur Anwendung, welche dem Leheuherrn dieses Recht giebt, wenn ein Zufall eine Ausbesserung der Sache nothwendig macht, die nicht verschoben und während des Lehens nicht

gemacht werden kann. Es ist jedoch der Lehengeber zur Aufkündung vor Vertragsablauf nicht berechtigt, wenn er nach eingetretenem Zufall den Lehenmann das Lehen — wenn auch nur kurze Zeit — fortsetzen läßt.

2) Beitragspflicht der gew. Zehntherren an die Kosten von Kirchenbauten der zehnpflichtigen Gemeinden.

Vom 12. Januar.

Durch das Zehntloskaufsgesetz vom 10. März 1837 ist die dingliche Last der Zehntherren betreffend ihre Beitragspflicht zu den Kirchenbauten nicht verändert worden und es hängt die Beitragspflicht einfach davon ab, ob für die betreffenden Bauten das Bedürfniß nachgewiesen ist.

3) Haftpflicht der Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nach § 3 des luzernischen Gesetzes über Aktiengesellschaften vom 3. März 1857.

Vom 25. Januar.

Im Januar 1869 vereinigten sich Hr. Fritz Röbiger, Draintechniker, in Bellach bei Solothurn, der hieortige Beklagte und Appellant, und die als dritte Partei in's Recht gerufenen HH. A. v. Fellenberg-Ziegler in Bern, Siegwart-Lehmann in Luzern, Großrath Villo-Ehrsam in Aarau, Dr. med. Bruckner in Basel und Baron F. von Heyer zur Gründung einer Aktiengesellschaft behufs Errichtung einer homöopathischen Natur- und Kuranstalt. Nach den gedruckten Statuten d. d. Luzern, den 28. Januar 1869, sollte für das Unternehmen die Badanstalt Farnbühl, Gemeinde Schachen im Kanton Luzern, erworben werden, welche dem einen Gesellschafter Siegwart-Lehmann angehörte und wohin auch der Sitz der Gesellschaft verlegt wurde. Als Organe der Gesellschaft wurden nach §§ 7 und 13 der Statuten die Aktionärversammlung und eine von derselben zu ernennende Verwaltungskommission bezeichnet; bis zur Aktionärversammlung jedoch, welche auf Dezember 1871 in Aussicht genommen war, sollten die benannten Gründer der Gesellschaft die Verwaltungskommission bilden. Nach dem Gesetz vom 3. März 1857 ist im Kanton Luzern für Aktiengesellschaften die Genehmigung des Regierungsrathes erforderlich. Das gleiche Gesetz bestimmt auch, daß wenn Aktien-

vereine, bevor sie die staatliche Genehmigung erlangt haben, Verträge abschließen und Schulden eingehen, dritten Personen gegenüber zunächst die Vorsteher der Gesellschaft und diejenigen Personen, welche im Namen derselben gehandelt haben, solidarisch haften, subsidiär sodann aber auch die Aktionäre und zwar ohne Rücksicht auf das Aktienkapital. Diese vorgeschriebene Genehmigung wurde für die benannte Aktiengesellschaft nachgesucht, jedoch vom Regierungsrathe von Luzern nicht ertheilt, weil die Gründer sich über die Solidität des Unternehmens nicht genügend auswiesen. Dessenungeachtet wurden verschiedene Einleitungen zur Realisirung desselben getroffen. So namentlich bestellte Siegwart-Lehmann im Mai 1869 für die Gesellschaft beim Kläger und Appellaten, Hrn. Lumpert-Inauen in St. Gallen, verschiedene Bettwaaren, welche unterm 21. Mai und 10. Juni 1869 an den Besteller Siegwart-Lehmann für Rechnung der Aktiengesellschaft Farnbühl im Werthbetrag von Franken 1753. 60 versandt und von ihm in Empfang genommen wurden.

Als hiefür keine Zahlung erfolgte und auch die projektirte Aktiengesellschaft nicht in's Leben trat, belangte mit Klage vom 11. Oktober 1870 der heutige Appellat Lumpert-Inauen den Appellanten Rödiger für den Kaufpreis der gelieferten Bettwaaren, gestützt auf das angeführte luzernische Gesetz, wonach er als Mitglied der Gründungsgesellschaft für die von derselben errichteten Schulden zu haften habe. Während der Dauer dieses Prozesses fiel der Mitgesellschafter Siegwart-Lehmann in Luzern in Konkurs und es gelangte der Appellat Lumpert-Inauen für seine von ihm eingegebene, gegen Rödiger bereits eingeklagte Forderung von Fr. 1753. 60 in diesem Konkurse für Fr. 340. 10 zur Zahlung, welche nach Abzug der ergangenen Kosten von Franken 17. 30 mit Fr. 322. 80 auf 7. Oktober 1871, den Tag der Zahlung an den Bevollmächtigten des Appellaten in Luzern, in Abrechnung gebracht sind, wodurch die eingeklagte Forderung auf Franken 1430. 80 reduzirt wurde. Das Obergericht hat in Betracht, daß allerdings der Appellat Rödiger sowohl nach dem angerufenen Spezialgesetze des Kantons Luzern vom 3. März 1857 als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für diejenigen Schulden, welche von der Gründungsgesellschaft der projektirten Aktiengesellschaft Farnbühl, deren Mitglied er war, contrahirt worden, ohne daß die Aktiengesellschaft selbst in's Leben getreten, solidarisch zu haften hat, und der von ihm geltend gemachte Umstand, daß der Besteller Siegwart-Lehmann die fraglichen Bettwaaren behändigte, und in seinen Nutzen verwendete, ihn von dieser Haftpflicht nicht

befreien kann; in Betracht jedoch, daß nach den Bestimmungen des luzernischen Civilgesetzbuches über Gesellschaftsverträge da, wo wie im vorliegenden Falle der Vertrag darüber schweigt, wie bei Fassung eines Beschlusses über gesellschaftliche Angelegenheiten verfahren werden soll, die einzelnen Mitglieder von sich aus keine für die Gesellschaft verbindlichen Handlungen vornehmen können und kein Beweis dafür vorliegt, daß der Gesellschafter Siegwart-Lehmann von seinen Mitgesellschaftern Auftrag bezw. Vollmacht zu der beim Appellaten gemachten Bestellung erhalten hatte,

erkannt:

Appellant Rödiger ist nicht gehalten, dem Appellaten Lumpert-Inauen Fr. 1430. 80 nebst Zins zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Anmerkung. Eine Würdigung dieses Urtheils, welches vom Standpunkte des Handelsrechtes aus Anfechtung erlitt, von Seite eines luzernischen Juristen würde von Interesse sein. Am 28. Juli d. J. ist vom Kläger und Appellaten in Sachen die Neurechtsklage ausgespielt worden mit dem Beweisantrag, daß Siegwart-Lehmann zu den fraglichen Anschaffungen für die Aktiengesellschaft Farnbühl allerdings befugt war.

4) Inwieweit haften Mitschuldner, Bürgen und Währschaftsträger trotz mangelhafter Eingabe des Gläubigers im Geldstag des Hauptschuldners?

Vom 25. Januar.

In Gemäßheit der Bestimmung des § 1363 C. G. B., daß der Gläubiger, welcher durch seine Handlungen oder durch Unterlassung gesetzlich vorgeschriebener Vorkehren die Rechte der Mitschuldner, Bürgen und Währschaftsträger verkürzt, den dadurch veranlaßten Schaden auf sich selbst zu tragen habe, sind solche subsidiär Verpflichtete nur insoweit von ihrer Haftpflicht befreit, als ihnen aus Schuld des Gläubigers ein Schaden entstanden, — welcher übrigens von ihnen nachzuweisen ist.

Anmerkung. Wir sind mit diesem Urtheile durchaus einverstanden uud wünschen nur, es möchte darauf gestützt endlich eine gleichmäßige Praxis in dieser Richtung bei allen Gerichten des Kantons Platz greifen. Wir fragen aber: Ist es richtig und konsequent, wenn das Obergericht noch an dem frühern Satze festhalten will, es genüge zur Entlastung der betreffenden Mit-

verpflichteten der Beweis, daß aus Verschulden des Gläubigers die Forderung im Geldstage des Schuldners einen schlechtern Rang erhalten habe, auch dann, wenn die Forderung in ihrem ursprünglichen Range ebenfalls in Verlust gefallen wäre?

5) Befugniß eines Gemeindevorgesetzten, Namens der Gemeinde Schuldverbindlichkeiten einzugehen.

Vom 26. Januar.

Ein Gemeindevorsteher, der nicht nachweisbar von der Gemeindeversammlung resp. der competenten Gemeindebehörde Auftrag und Vollmacht erhalten, eine Schuldverbindlichkeit für die Gemeinde einzugehen, kann diese letztere durch Anerkennung einer solchen nicht rechtsverbindlich haftbar machen.

6) Gesetzliche Mahnpflicht des Gläubigers.

Vom 26. Januar.

Die Mahnung (Zahlungsaufforderung) des Gläubigers vor Anhebung einer gerichtlichen Betreibung muß im Bestreitungsfalle von demselben nachgewiesen werden und es enthält ein Urtheil, durch welches trotz mangelnden Nachweises der bestrittenen Mahnung das Betreibungsrecht gegen den Schuldner zuerkannt wird, eine offenbare Gesetzesverletzung. (§§ 1507 und 1508 C. G. B.)

7) Prozeßbevollmächtigung.

Vom 26. Januar.

Die Vollmacht zur Prozeßführung im Allgemeinen schließt auch diejenige zur Appellationserklärung in sich.

8) Eintragung eines Eigenthümers im Grund- und Hypothekenbuch in Folge gerichtlichen Vergleichs.

Vom 14. Februar.

Nach wiederholten Entscheiden des Obergerichts darf die Eintragung eines Eigenthümers in das Grund- und Hypothekenbuch in Folge gerichtlichen Vergleiches nur in solchen Fällen geschehen, wo durch den Vergleich bestrittenes Eigenthum anerkannt und nicht eine Eigenthumsübertragung beabsichtigt wird; sie darf also z. B. nicht dann erfolgen, wenn es

sich um Theilung eines bisanhin gemeinschaftlichen Eigenthums handelt.

Anmerkung. Also auch dann, wenn der Streit sich eben um die Frage dreht, ob das bisherige Condominium Alleineigenthum des einen Theiles werden solle?*)

9) Haftpflicht der Amtsbürgen eines solothurnischen Fürsprechers.

(Vom 16. Februar.)

Der Umstand, daß ein im Kanton Solothurn patentirter und domilizirter Fürsprecher noch in einem andern Kantone für getreue und richtige Ausübung seines Berufes, insbesondere für Besorgung von Inkassogeschäften, Bürgschaft geleistet hat, entbindet seine solothurnischen Amtsbürgen nicht von der Haftpflicht für alle demselben in seinem hierseitigen Domizil übertragenen Geschäfte.

Es haben jedoch sämmtliche Creditoren auf die fragliche Bürgschaft ein gleich gutes Recht und es können dieselben, sofern die Bürgschaftssumme zur vollständigen Deckung aller Ansprachen nicht hinreicht, die Bürgen für nicht mehr belangen, als für den auf die jeweiligen Forderungen entfallenden verhältnißmäßigen Betrag der ganzen Bürgschaftssumme.

Anmerkung. Wir können dem ersten von obigen Sätzen heute noch so wenig beistimmen, als zur Zeit des Erlasses dieses Urtheils. Wenn ein solothurnischer Fürsprecher noch in einem andern Kanton Niederlassung und Patent zur Ausübung seines Berufes auswirkt (und das war im vorliegenden Falle geschehen und urkundlich erwiesen) und wenn er sodann auch noch die für Bewilligung der Berufsausübung im anderwärtigen Kanton geforderte Bürgschaft erstellt, so ist doch gewiß anzunehmen, die Bürgen im anderwärtigen Kantone haften für von dem Betreffenden dort zu besorgenden resp. besorgten Geschäfte, denn ohne ihre Bürgschaftsleistung hätte er ja diese Geschäfte gar nicht übernehmen und vollziehen dürfen. Es ist aber ebenso gewiß nicht anzunehmen, die solothurnischen Amtsbürgen haften auch und zwar in gleicher Linie, wie die erstgenannten, für die Geschäftsbesorgung des Anwaltes im anderwärtigen Kanton, denn für diese wollten und konnten sie sich nicht haftbar machen, da

*) Anmerkung der Redaktion. Gewiß.



dieselben überhaupt in den Bereich des einem solothurnischen Anwalte erlaubten Berufsgeschäfte fallen. Daß der Anwalt neben dem zweiten (rechtlichen) Domizil im Niederlassungskanton sein erstes und eigentliches faktisches und rechtliches Domizil im Heimatkanton beibehält und ihm daher an letzterm auch solche Geschäfte übertragen werden, welche in jenem Kanton abzuwickeln sind, das kann unseres Erachtens an den in Frage stehenden rechtlichen Beziehungen überall nichts ändern. L. W.

Literarische Anzeige.

Leipziger Monatsblatt für die neueste rechts- und staatswissenschaftliche Literatur des deutschen Buchhandels.

Unter diesem Titel, und redigirt von Hofrath Kleinschmidt, erscheint in Leipzig eine monatlich erscheinende Zeitschrift, welche wir mit Freuden begrüßen. Dieselbe setzt sich zur Aufgabe, die gesammte, neueste, deutsche, rechts- und staatswissenschaftliche Literatur sofort nach ihrem Erscheinen zur Kenntniß zu bringen. Darunter sind jedoch nicht bloß die selbstständig erscheinenden Werke begriffen, sondern auch Artikel, welche in Zeitschriften und Sammelwerken erscheinen. Ebenso wird die Dissertationenliteratur in wohlverdienter Weise berücksichtigt und ebenso die Erzeugnisse des Auslandes. Die Anordnung ist nach den Materien alphabetisch geordnet, z. B. Advokatur, Bauwesen, Bayer'sches Recht, Bergrecht, Civilrecht-Prozeß, Gefängnißwesen, Geschwornengericht 2c., und unter jeder Rubrik werden die sämmtlichen neu erschienenen Schriften angezeigt. Der Leser erhält dadurch einen vollständigen Ueberblick über die Gesammtleistung eines Volkes während eines gewissen Zeitraumes und der Praktiker findet einen bequemen und zuverlässigen Berather, wenn er genöthigt wird, über eine spezielle Frage sich nach der geeigneten neuesten Literatur umzusehen. Die Zeitschrift wird wesentlich an Werth gewinnen, wenn auch die außerdeutsche, namentlich die englisch-amerikanische Literatur etwas eingehend könnte berücksichtigt werden.

Die Zeitschrift erscheint monatlich, ist sehr gut gedruckt und kostet per Jahrgang 1 Thlr. 6 Gr. K.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 3.

September 1872.

Was hat der Relat zu beschwören?

Veranlassung zu Untersuchung dieser Frage gab das Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 8. März 1872, dessen Motive den Rechtssatz aufstellen, daß der Relat durch Leistung des Ignoranzeides den Beweis einer nicht eigenen Handlung erbringen könne. In der letzten Nummer der Zeitschrift (S. 51) haben wir dieses Urtheil mitgetheilt und gleichzeitig die Ansicht ausgesprochen, es widerspreche dasselbe der bisherigen Praxis, der Wissenschaft, und dem Gesetz, und wir wollen es nun versuchen, diesen Vorwurf zu rechtfertigen.

Die gewöhnlichen Beweismittel, wie Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Urkunden reichen nicht in allen Fällen aus, um die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache festzustellen, und oft würde daher der Beweisführer von vornherein gezwungen sein, von seinem Anspruche abzustehen,

wenn ihm die Gesetzgebung nicht den Gebrauch eines weiteren Beweismittels gestatten würde. Dadurch erklärt sich die Zulassung des Eides. Dem Richter wird gestattet, eine Thatsache als wahr anzunehmen, wenn sie affirmativ, oder als unwahr, wenn sie negativ beschworen wird. Diese Beweiskraft des Eides ist im Grunde eine künstliche und, wie Wetzel pag. 255 bemerkt, in der besondern Schärfung des Gewissens zu suchen, welche die Anrufung der göttlichen Strafgerechtigkeit zu bewirken pflegt." Der Schwörende setzt sein Seelenheil über irdisches Gut und lebt des Glaubens, daß ihm, wenn er falsch schwöre, nicht nur das letztere hierseits entzogen werde, sondern daß er auch keinen Anspruch mehr habe auf jenseitigen Frieden und Ruhe. Um diese religiöse Bedeutung des Eides klar und unzweideutig hervorzuheben und die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden auf's höchste zu steigern, werden gewisse Formalitäten vorgeschrieben, Berühren oder Küssen des Evangeliums, Berühren von Reliquien, Aufheben der Schwörfinger 2c., oder es muß selbst eine Belehrung über die Wichtigkeit des Eides vorangehen. Ein solcher Eid gilt als Beweismittel und muß daher assertorisch sein, d. h. es muß entweder die Existenz oder die Nichtexistenz der in Frage stehenden Thatsache beschworen werden, denn nur durch solch positives Beschwören kann bei dem Richter eine bestimmte Ueberzeugung hervorgerufen werden. Als Regel muß daher angenommen werden, daß dem Schwörenden die zu beschwörende Thatsache bekannt sei, d. h. daß er eigene Wissenschaft von derselben habe. Ausnahmsweise aber wird im gemeinen Recht auch der Glaubenseid als Beweismittel zugelassen, wenn es sich um Thatsachen handelt, welche dem Schwörenden nicht bekannt sind. Allein es ist eine offenbare Anomalie, eine Thatsache deßwegen als bewiesen gelten zu lassen, weil die schwörende Partei an die Existenz derselben g l a u b t. Jeder Anhaltspunkt für das eigene Urtheil wird dem Richter genommen und er muß nun etwas für wahr annehmen, obschon die Aussage der schwörenden Partei durch keinerlei eigenes

Wissen gedeckt ist, sondern nur auf mehr oder weniger begründetem Fürwahrhalten beruht. Ein solcher Beweis kann höchstens als Aushülfe zugelassen werden in denjenigen Fällen, wo ein Delat nicht de veritate schwören kann. Allein das Gesetz muß dieß ausdrücklich gestatten, und wo dieß nicht geschieht, muß festgehalten werden an der Regel, daß eine Thatsache nur dann als bewiesen angesehen werden darf, wenn sie selbst, nicht aber, wenn nur der Glaube an sie beschworen worden ist. Diese Auffassung kann gegenwärtig wohl als die herrschende bezeichnet werden, und ist auch diejenige des bernischen Rechtes. Nach § 250 P. kann der Beweisführer, wo das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, seiner Gegenpartei den Eid über jede streitige Thatsache zuschieben, welche die Ehre des Schwörenden nicht berührt.

Die Thatsache selbst ist also Gegenstand des Beweises und nicht der Glaube an dieselbe, und von dem Eide des Gegners über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Thatsache macht der Beweisführer das Gelingen seines Beweises abhängig. Jedoch wird nach den Bestimmungen unserer Civilprozeßordnung die betreffende Partei nicht angehalten, einen Beweissatz nach einer bestimmten Formel zu beschwören oder eidlich abzuleugnen, sondern er wird gleichsam als Zeuge in eigener Sache darüber abgehört und ist verpflichtet, auf die vom Richter oder von der Partei an ihn gestellten Fragen bestimmt und unumwunden zu antworten. Einige Aehnlichkeit hat dieses Verfahren mit dem englischen, seitdem durch die Akte:

14 und 15 Vict. c. 99 und 32 und 33 Vict. c. 68 eine Partei sich in eigener Sache als Selbstzeuge eidlich abhören lassen kann:

Powell's Law of evidence pag. 35, und Suppl. pag. 29, 3th ed.

Die von dem Schwörenden gemachten Aussagen müssen als wahr angenommen werden und der Richter hat daher zu prüfen, ob durch dieselben die zu beweisende That-

sache, der Beweissatz selbst wirklich bewiesen werde oder nicht. Die Ableistung des Eides ist daher nur dann entscheidend, wenn durch denselben die streitigen Thatsachen wirklich beschworen oder geleugnet worden sind, nicht aber, wenn aus den gemachten Aussagen eine sichere Ueberzeugung mit Rücksicht auf dieselben nicht begründet werden kann. Der nach gemeinem Rechte zugelassene bloße Glaubenseid kann daher selbst dann nicht als genügend und beweisend angesehen werden, wenn es sich um ein factum alienum des Delaten handelt, weil durch denselben nicht die Thatsache selbst, sondern nur der im Grunde gleichgültige Glaube der Partei an dieselbe beschworen wird, das Gesetz aber einem solchen eidlich beschworenen Glauben nirgends volle Beweiskraft beilegt. Dieß geht namentlich auch daraus hervor, daß der Glaubenseid nur als Ergänzungseid zugelassen wird, und zwar als Erfüllungseid des Beweisführers, wenn durch eine Mehrheit von erwiesenen Thatsachen eine überwiegende, der Gewißheit nahe kommende Wahrscheinlichkeit zu dessen Gunsten begründet worden ist, und als Reinigungseid des Gegners, wenn die vorliegenden Beweise einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit nicht gewähren. § 274 P. Es muß also bereits ein theilweiser Beweis erbracht worden sein durch andere Beweismittel, damit der Glaubenseid ergänzend oder wegräumend (§281 P.) zur Anwendung kommen kann. Daraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß er als selbstständiges Beweismittel, als Haupt- oder Schiedseid nicht anerkannt ist.

Andererseits aber kann der Delat die eidliche Abhörung über das Faktum selbst ablehnen, indem er sich auf Nichtwissen beruft und den Ignoranzeid leistet. Dieser Eid ist aber seiner Natur nach kein Beweismittel (Renaud, Lehrbuch des gem. deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., pag. 368, und Wetzell, System des ord. Civ. Proz., 3. Aufl., § 25, pag. 265), sondern nur eine eidliche Entschuldigung des Leugnens. Der Delat wird dadurch von der Verpflichtung befreit, über

den Beweissatz weitere Aussagen zu machen, ohne dadurch rechtlich in Nachtheil zu gerathen. Der Deferent hat ein untaugliches Beweismittel gewählt, ein solches, welches weder für noch gegen, sondern gar nicht beweist. Infolge dessen hat er seinen Beweissatz nicht erwahrt und aus diesem Grunde wird seine Behauptung als nicht wahr angenommen, obschon das Gegentheil derselben keineswegs bewiesen ist. Consequenterweise sollte diese Folge nicht eintreten, sondern das in Folge Ableistung des Ignoranzeides wirkungslos gewordene Beweismittel der Eideszuschiebung als ein dahingefallenes und verlorenes angesehen und dem Beweisführer seine Ersetzung gestattet werden. Diese Consequenz anerkennt jedoch unsere Praxis entschieden nicht.

Kann oder will aber der Delat den ihm zugeschobenen Eid nicht selber leisten, weil er weder das Gegentheil des gegnerischen Beweissatzes, noch auch sein Nichtwissen beschwören will oder kann, so darf er entweder sein Gewissen durch Eid vertreten oder aber den ihm deferirten Eid seinem Gegner referiren. Durch die Zurückschiebung macht er dem Deferenten den Antrag, die Thatsache selbst zu beschwören, deren Gegentheil er selbst weder beschwören kann noch will. Ueber die Frage nun, was der Relat in diesem Falle zu beschwören habe, gehen die Ansichten auseinander, und zwar sowohl nach gemeinem als nach bernischem Recht. Ist die zu beschwörende Thatsache ein factum proprium des Relaten, so herrscht keine abweichende Meinung; er hat die Wahrheit derselben zu beschwören — juramentum de veritate. Ist es dagegen eine Thatsache, worüber nur der Delat aus eigener Kenntniß schwören kann, nicht aber der Relat, so gestaltet sich die Frage schwieriger.

Nach gemeinem Recht werden hier verschiedene Auskunftsmittel in Vorschlag gebracht und vertreten.

Entweder wird die Relation eines solchen Eides für unzulässig erklärt, und erfolgt sie gleichwohl, als Eidesverweigerung des Delaten angesehen und demgemäß behandelt.

Glück, XII. 319. Strippelmann, Gerichtseid II. pag. 300 und die daselbst in Note 12 angeführten Urtheile.

Wetzell, System des ord. Civ. Proz. (3. Aufl.), pag. 287.

Seuffert, Archiv III, Nr. 126, IV Nr. 177, XVIII Nr. 66.

Oder aber die Relation wird zulässig erklärt, allein vom Relaten nicht der Wahrheitseid, — das juramentum de veritate — sondern nur der Glaubenseid — juramentum de credulitate — verlangt. Zu den Vertretern dieser Ansicht gehört namentlich

Renaud, Archiv für Civ. Prax. XLIII und Lehrbuch des Civ. Proz. pag. 389.

Seuffert, Archiv VIII, Nr. 186. XX 273.

Noch andere, wie Osterloh, Lehrbuch des gem. deutschen ordentl. Civ. Proz. I, 393, verlangen, daß der Relat immer de veritate schwöre. Diese lassen also die Zurückschiebung des Eides zu, begnügen sich aber beim Mangel positiver Bestimmungen nicht mit dem Glaubenseid.

Unser bernisches Recht macht keinen Unterschied, ob der Eid über ein factum proprium oder alienum zugeschoben werde und verbietet auch die Zurückschiebung über das letztere nicht. Andererseits kennt es auch den Glaubenseid als Haupteid nicht, sondern nur als Ergänzungseid, und es ist daher von Interesse, zu untersuchen, wie sich unsere Gerichtspraxis dieser Frage gegenüber verhalten hat. Dabei kann jedoch natürlich nur von derjenigen die Rede sein, welche seit Einführung des Civilprozesses vom 31. Juli 1847 sich ausbildete, da dem früheren die Eidesrelation unbekannt war.

Durch Urtheil vom 30. Juli 1857 erkannte der Appellations- und Cassationshof prinzipiell, es sei eine Eidesrelation nicht zulässig, wenn es sich um ein eigenes Faktum des Delaten handle. Motive:

Daß das Gesetz allerdings von der in Art. 253 P. aufgestellten Vorschrift, daß die Partei, welcher der Eid zugeschoben worden ist, solchen an ihren Gegner zurückschieben

kann, keine ausdrückliche Ausnahme in Betreff solcher Thatsachen aufstellt, die nicht die eigene Handlung des Beweisführers sind;

daß aber dessenungeachtet die Eideszurückschiebung über solche Thatsachen nicht zulässig erscheint, indem:

a. es der Natur der Sache widerspricht, daß Jemand das Vorhandensein einer fremden Handlung beschwören soll, von welcher er in vielen Fällen keine Kenntniß aus eigener Wahrnehmung haben kann,

b. die Zulassung der Eideszurückschiebung in solchen Fällen zur Folge haben würde, daß jeder, der sich zur Geltendmachung seiner Rechte auf fremde Handlungen berufen muß, zu deren Beweis ihm kein anderes Beweismittel als das der Eideszuschiebung zu Gebote steht, sich in der Unmöglichkeit befindet, diese Thatsachen zu beweisen und seine auf denselben beruhenden Rechte zu wahren, indem er im Falle der Eideszurückschiebung die Wahrheit jener Thatsachen nicht beschwören könnte.

Gegentheils die Nichtgestattung der Eideszurückschiebung in den fraglichen Fällen dem Gegner des Beweisführers niemals Nachtheil bringen kann, indem er in Betreff seiner eigenen Handlungen die Wahrheit aussagen kann und soll, in Betreff fremder Handlungen aber die Beschwörung des Nichtwissens genügt. Nun aber nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, einer Partei, einen in der Regel zulässigen Rechtsbehelf auch unter solchen Umständen zu gestatten, wo dem Beweisführer die Geltendmachung seiner Rechte unmöglich gemacht würde, während die Ausschließung dieses Rechtsbehelfes dem Gegner des Beweisführers keinen Nachtheil bringen kann.

Endlich für die Richtigkeit des Prinzipes der Nichtzulassung der Eideszurückschiebung über Handlungen, die dem Beweisführer fremd sind, auch der Umstand spricht, daß die fremden Gesetzgebungen, welche die Eideszurückschiebung in der Regel zulassen, dieselbe im Fragefall ausdrücklich verbieten.

Daß nun die Thatsachen, über welche Herr B. der Frau A. den Eid zurückgeschoben hat, nicht in ihren eigenen Handlungen bestehen.

Dieser Entscheid spricht sich mit einer Klarheit, die nichts zu wünschen übrig läßt, dahin aus, daß der Relat de veritate zu schwören habe, und daß er deßhalb in denjenigen Fällen, wo dieß nicht möglich sei, weil er nicht aus eigener Wissenschaft deponiren könne, die Eidesrelation ohne Nachtheil ablehnen könne.

Diese Praxis scheint jedoch nicht festgehalten worden zu sein, denn wir finden in einem spätern Entscheide vom 26. November 1858 ein Motiv, welches einer abweichenden, rechtlichen Ueberzeugung Ausdruck giebt, nämlich:

Daß nach § 253 P. es der Partei, welcher der Eid zurückgeschoben worden, in allen Fällen gestattet ist, denselben unter den Bedingungen der §§ 250, 251 und 252 an ihren Gegner zurückschieben, und daß das Gesetz hiebei nicht unterscheidet, ob die betreffende Thatsache für den Relaten ein eigenes oder aber ein fremdes Faktum sei, und ob derselbe darüber mit vollständiger Gewißheit aussagen, oder nur seine Ueberzeugung resp. sein Nichtwissen bezeugen könne.

Seither scheint die Frage, ob die Eidesrelation zulässig sei, wenn es sich um facta propria des Delaten handelt, nicht mehr streitig geworden zu sein.

Dagegen spricht sich das ersterwähnte Urtheil auch dahin aus, daß der Relat die Wahrheit des von ihm behaupteten Beweissatzes beschwören müsse — also juramentum de veritate, und diesen Standpunkt finden wir schon in einem Urtheile vom 31. Jänner 1856, wie aus folgenden Motiven ersichtlich ist:

Daß das Klagsfundament des Nyffeler wesentlich auf der Behauptung beruht, die Beklagten haben an den Steinwürfen, die von der Kronenwirthschaft aus gefallen, Theil genommen, und er sei von einem dieser Steinwürfe ge-

troffen und beschädigt worden, daß dem Kläger in Betreff dieser Behauptungen der Eid von seinen Gegnern zurückgeschoben worden ist, daß Nyffeler in der daherigen eidlichen Abhörung zwar ausgesagt hat, es sei seine feste Ueberzeugung, die Steine seien von der Krone aus geworfen worden, gesehen habe er es aber nicht; er glaube auch, die Beklagten haben an den Steinwürfen Theil genommen, gesehen habe er selbst es jedoch nicht; endlich glaube er und es sei seine feste Ueberzeugung, daß der Stein, der ihn getroffen und beschädigt habe, von einem der Beklagten geworfen worden sei, gesehen habe er es aber ebenfalls nicht.

Daß aber diese Aussage zu einem vollständigen Beweise der eingeklagten Mißhandlung um so weniger genügen kann, weil einerseits die vorgegebene Ueberzeugung nach der eigenen Erklärung des Klägers nicht auf seiner sinnlichen Wahrnehmung beruht, dieselbe auch nicht durch ausgemittelte Thatsachen begründet wird, welche das Gegentheil der betreffenden Behauptungen mit Gewißheit oder auch nur mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit ausschließen würden, und weil andererseits der Kläger vielmehr selbst zugibt, daß außer den vier Beklagten auch andere Leute sich bei der Kronenwirthschaft befunden haben, somit die physische Unmöglichkeit, daß nur die Beklagten die fraglichen Steine haben werfen können, nicht vorhanden ist.

Ebenso wurde durch Urtheil vom 9. November 1857 ein Beweis nicht als erbracht angesehen, weil der Relat nur seine moralische Ueberzeugung beschwören konnte, diese aber durch die vorhandenen Akten nicht genügend unterstützt wurden. Motive:

Daß die Burgergemeinde von Nidau den Beweis der Klagthatsache, daß ihr Herr Jakob Lehmann sel. für an ihn gemachte Holzlieferungen die eingeklagte Summe von Fr. 383. 97 schuldig geworden, nicht geleistet hat, indem:

a. Der über die Thatsache in Folge Eideszurückschiebung als Selbstzeuge abgehörte Herr Burgerrathspräsident Wanner zwar allerdings seine moralische Ueberzeugung darüber aus-

spricht, daß die in der Holzmagazins-Controlle der Stadt Nidau eingetragenen Holzquanta dem Herrn Lehmann sel. geliefert worden seien, hingegen beifügt, über die Preise könne er aus eigener Wahrnehmung keine Auskunft geben, er berufe sich dabei auf die erwähnte Controlle, sowie auf die von der Holzverwaltung ausgestellten Rechnungen, wie namentlich diejenige des Verwalters David Schmalz, wobei er indeß zugeben müsse, daß diese Rechnung mit den Eintragungen in der Controlle nicht übereinstimmen, vielmehr den (nach seinem Dafürhalten richtigen) Saldo von Franken 268. 78 a. W. ergebe, während der Saldo nach der Controlle nur Fr. 230. 12 a. W. betrage.

b. Nun aber diese verschiedenen Angaben keinen genügend sichern Anhaltspunkt zu Bestimmung des Preises der Lieferungen gewähren, somit die Aussagen des Herrn Wanner über diesen Punkt, da sie bloß seine Meinung und durch keine die vorhandenen Akten begründete Ueberzeugung an den Tag legen, nicht geeignet sind, die Richtigkeit der eingeklagten Forderung zu beweisen, und auch nicht genügen, um allenfalls der Klägerin ein Minderes, als was sie verlangt, zuzuerkennen.

Daß die Klägerin auch nicht bewiesen hat, daß die eingeklagte Forderung von Herrn Lehmann sel. oder von dessen Wittwe, der Beklagten, anerkannt worden, indem, was namentlich die letztere betrifft, eine solche Anerkennung aus dem Umstande, daß sie sich bereit gezeigt habe, Zahlung zu leisten ꝛc. nicht gefolgert werden kann.

Dagegen wurde durch Urtheil vom 25. November 1858 der durch eine Reihe von Indicien unterstützte Glaubenseid des Relaten als ein hinreichender Beweis erachtet. Motive:

Daß zwar nicht hergestellt ist, daß das fragliche Floß und die von demselben gelandete Tanne das Handelszeichen des Beklagten Hofer getragen habe, daß aber Herr Baudirektor Dähler, dem als Vertreter des Staates über die betreffende, im Art. 26 enthaltene Thatsache der Eid zurückgeschoben worden, bei seiner Abhörung ausgesagt hat, „aus

den ihm zugekommenen Berichten, namentlich aus dem Zeichen, welches das fragliche Holz trage, glaube er annehmen zu sollen, daß dieses Floß dem Beklagten Ulrich Hofer angehört habe und seine seitherigen Nachforschungen haben an diesem Glauben auch nichts geändert, obschon er eine Gewißheit darüber nicht aussprechen könne," welche Aussage als ein genügender Beweis für die erwähnte Klagsthatsache zu betrachten ist.

Aus den hier mitgetheilten Urtheilen ergibt sich, daß das Gericht in Uebereinstimmung mit der positiven Gesetzgebung den bloßen Glaubenseid nicht als einen Haupteid und selbstständiges Beweismittel anerkannt hat. Alle Motive halten daran fest, daß der Richter sich aus den Aussagen des Schwörenden eine eigene, selbstständige Ueberzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit der Beweisthatsache müsse bilden können, und daß dieß nur dann möglich sei, wenn die Thatsache selbst beschworen werde, oder die beschworene Ueberzeugung des Deponenten wenigstens durch hinreichende und aktenkundig gewordene Gründe unterstützt werde. Diese Praxis ist vollkommen der Natur der Sache angemessen und läßt dem Richter in der Beurtheilung des Falles diejenige Freiheit, auf welche er nie verzichten darf. Wenn der Kläger seine Ueberzeugung beschwört, so beweist er nun, daß er boda fide klagt, und wenn der Beklagte die Ueberzeugung des Gegentheils beschwört, so beweist auch er nichts anderes, als daß er bona fide den gegnerischen Anspruch bestreitet. Weder der eine noch der andere aber beweist die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache. Wenn er dagegen seinen Glauben durch solche Gründe unterstützt, die auch bei dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache zu begründen vermögen, so darf dieser sie deßhalb seinem Urtheile zu Grunde legen, weil er selbst daran glaubt, und nicht bloß deßhalb, weil eine Prozeßpartei daran glaubt. Einzig aus diesem Grunde läßt sich die Zulassung dieses Eides in der Praxis entschuldigen. Nach der positiven

Gesetzgebung aber ist er als selbstständiges und für sich beweisendes Beweismittel ausgeschlossen, und nur zu Ergänzung oder Wegräumung eines bereits vorhandenen, aber unvollständigen Beweises zugelassen. Allein auch als solcher muß er in positiver Fassung geleistet werden, und zwar nach einer bestimmten Formel, welche die Behauptung enthalten muß, daß der Schwörende die betreffende Thatsache nach seiner besten Ueberzeugung für wahr oder für unwahr halte, also er glaube, daß etwas wahr oder unwahr sei, nicht aber in negativer Fassung, er glaube nicht, daß etwas wahr oder unwahr sei.

Was nun im Weiteren den Ignoranzeid anbetrifft, so haben wir schon früher darauf hingewiesen, daß derselbe kein Beweismittel ist und daher durch ihn nie die Existenz einer Thatsache bewiesen werden kann, daß auch durch Ableistung desselben von Seiten des Delaten, keineswegs das Gegentheil des gegnerischen Beweissatzes als wahr angenommen werden kann, sondern nur daß der Beweissatz selbst wegen Untüchtigkeit des Beweismittels als unerwiesen zu betrachten ist. Sind nun andere Grundsätze zur Anwendung zu bringen, wenn dem Deferenten der Eid über eine Thatsache, worüber er selbst keine eigene Kenntniß hat oder haben kann, zurückgeschoben wird, und er nun den Eid des Nichtwissens leistet? So befremdlich die Frage klingt, so muß sie doch aufgeworfen und die Behauptung widerlegt werden, daß der Beweisführer dadurch, daß er über die von ihm selbst aufgestellte Thatsache das Nichtwissen beschwört, den Beweis ihrer Wahrheit erbracht habe. Nach gemeinem Recht und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann hievon ohne Zweifel nicht die Rede sein, weil durch Ignoranzeid nicht positiv bewiesen, sondern höchstens die Erbringung eines Beweises verhindert werden kann. Der Delat, welcher den Nichtwissenseid schwört, d. h. welcher schwört, er habe von der zu beweisenden Thatsache keine Kenntniß, sagt weder positiv noch negativ über die Thatsache aus, beweist weder für noch gegen also gar nichts, somit

auch nicht den Beweissatz; rechtlich muß daher die Nichtwahrheit des Nichtgewußten angenommen werden. Der Relat nun, welcher über ein ihm fremdes Faktum den Eid des Nichtwissens schwört, befindet sich in der nämlichen Lage. Durch die Relation wird ihm zugemuthet, die Wahrheit der Thatsache selbst zu beschwören, deren Unwahrheit zu beschwören der Delat abgelehnt hat. Er hat somit als Selbstzeuge in eigener Sache auszusagen und zwar im Einverständniß mit der Gegenpartei als einziger und doch vollgültiger Zeuge. Beschwört er die Thatsache, so wird sie als wahr, beschwört er sie nicht, so wird sie als unwahr angenommen; beschwört er das Nichtwissen, so hat er sein eigenes Faktum nicht bewiesen und es muß angesehen werden, als habe er auf den Beweis Verzicht geleistet. Auch hier ist das Nichtgewußte rechtlich nicht wahr, und eigenthümlich klingt die Behauptung, es müsse nun die Wahrheit des Nichtgewußten als prozessualisch feststehend angesehen werden. Daß auch für die letztere Auffassung die Praxis nicht angerufen werden kann, ergibt sich aus folgenden Motiven eines Urtheiles des Appellations- und Cassationshofes vom 8. August 1856:

Daß hingegen bezüglich der übrigen angefochtenen Zeugen nicht erwiesen ist, daß auch sie in das streitige Vertragsverhältniß als Mittheilnehmer eingetreten seien, folglich am Ausgange des Streites ein unmittelbares Interesse haben, weil:

a. der Kläger Amstuz, dem über seine daherigen Behauptungen der Eid von dem Beklagten zurückgeschoben worden, die Angaben, die er darüber macht, nicht auf eigene Wahrnehmung oder Mittheilung ab Seite der Betheiligten und auf eigenes Wissen, sondern bloß auf Hörensagen von andern Personen gründet und auf die an ihn gerichtete Schlußfrage ausdrücklich erklärt hat, daß er, was in den Beweissätzen selbst stehe, nicht beschwören könne, weil er es nicht wisse;

b. die Behauptung des Nichtwissens jedoch, entgegengehalten mit dem Grundsatze, daß der Kläger seine Behauptungen vollständig zu beweisen und im Falle der Zurückschiebung des Eides an ihn die Wahrheit der betreffenden oder doch seine genügend begründete Ueberzeugung betreffend ihre Wahrheit zu beschwören hat, im Fragefall nicht genügen kann, zumal nach der Lage des Geschäfts nicht noch zu erörtern ist, ob sich allfällig der Kläger der an ihn erfolgten Eideszurückschiebung über Thatsachen, die er selbst zu kennen nicht im Falle ist, widersetzen könnte.

Wie nun das Gericht die bisherigen richtigen und gesunden Grundsätze verlassen und durch Urtheil vom 8. März 1872 (siehe dasselbe in der letzten Nummer) nach gerade entgegengesetzten urtheilen konnte, ist nicht erklärlich und wird es auch nicht durch die angeführten Motive:

Daß nach § 200 C. P. die zum Eid angehaltene Partei das Nichtwissen vorschützen kann, wenn nicht ihr eigenes Faktum in Frage steht, und dieses Recht, da das Gesetz daorts keine Unterscheidung macht und die Prozeßparteien in der Regel gleiche Rechte haben, dem Relaten wie dem Delaten zusteht.

Daß somit Wittwe Marianna Römer das Nichtwissen vorschützen kann.

Es zweifelt kein Mensch daran, daß die Parteien gleiche Rechte haben, allein die Leistung des Ignoranzeides ist kein Recht, sondern eine Pflicht. Der Delat ist verpflichtet, zu beschwören, daß er von einer Sache nichts wisse, wenn er keine Auskunft geben zu können vorgibt. Es ist sein Recht, jede weitere Auskunft aus Grund des Nichtwissens abzulehnen, allein unter der Bedingung, daß er dasselbe beschwört. Dieses Schwören ist daher immer eine Pflicht, und das Gesetz selbst läßt hierüber keinen Zweifel, indem es vorschreibt:

Hat der Schwörende über einzelne oder über alle ihm vorgelegten Fragen das Nichtwissen vorgeschützt, so soll er überdieß schwören: Daß er in Betreff der Thatsachen, hinsichtlich welcher er das Nichtwissen behauptet, sich ernstlich beflissen, die Wahrheit zu erforschen, „dessenungeachtet aber nichts anderes erfahren habe, als was er darüber angebracht.

Der Nichtwissenseid ist daher nie etwas anderes als eine Ablehnung des Haupteides, mit der Wirkung, daß das Nichtgewußte als Nichtwahrheit angenommen wird. Was soll es nun heißen, wenn das Urtheil den Satz aufstellt, weil beide Parteien gleiche Rechte haben, so habe der Relat so gut das Recht, den Eid des Nichtwissens zu leisten, als der Delat? Mit dem gleichen logischen Anstand könnte man behaupten, weil der Delat, wenn er sich auf Nichtwissen beruft, den Ignoranzeid schwören muß, so liegt die gleiche Pflicht auch dem Relaten ob, und doch sieht Jedermann ein, daß die Stellung der beiden Parteien eine ganz andere ist. Der Delat verweigert das Zeugniß als angerufener Zeuge und beraubt dadurch den Deferenten eines Beweismittels, der Relat dagegen erklärt seine Unfähigkeit, in eigener Sache Zeugniß abzulegen und verzichtet daher auf den Beweis der von ihm selbst aufgestellten Beweisthatsache. Hiezu hat er ein Recht, allein hiezu bedarf es auch nur einer einfachen Erklärung und keiner eidlichen Versicherung. Die Folgen sind ja diejenigen, welche immer beim Ignoranzeid eintreten müssen, das Nichtgewußte ist nicht bewiesen, und der Gegner des Relaten hat daher kein Interesse, denselben zum Eide anzuhalten. Das Gericht scheint aber von der Voraussetzung auszugehen, daß das Nichtgewußte als bewiesene Wahrheit angesehen, und ein Beweis deßhalb als erbracht angenommen werden müsse, weil der Beweisführer erklärt hat, denselben nicht führen zu können. Aus was schöpft denn der Richter in einem solchen Falle eine Ueberzeugung von der Wahrheit einer nicht gewußten Thatsache, und weßhalb muthet man ihm zu, das eine Mal aus dem Nicht-

wissen auf die Unwahrheit und das andere Mal aus dem nämlichen Nichtwissen auf die Wahrheit der nämlichen Thatsache zu schließen? und wie reimt sich endlich eine solche Ansicht mit den früheren richtigen Urtheilen, wonach nicht einmal die beschworene Ueberzeugung des Relaten genügt, sondern dieselbe noch unterstützt sein muß durch hinlängliche materielle Gründe, welche geeignet sind, eine Ueberzeugung des Richters zu begründen?

Zu Rechtfertigung dieser Ansicht des Gerichtes, welche auch in unseren Annalen einzig dasteht, führt das Urtheil noch folgendes Motiv an:

Daß übrigens Wittwe Rosina Römer, welche, obwohl sie über die Thatsache der Zurückbezahlung oder Verrechnung Auskunft geben konnte, den ihr zugeschobenen Eid zurückgeschoben hat, sich die daraus, daß ihre Gegnerin das Nichtwissen vorschützte, für sie entstehenden nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben hat."

Darüber wollen wir nicht streiten, daß die gesetzlichen Folgen der Ableistung des Ignoranzeides eintreten mußten, allein wir bestreiten, daß dieselben andere sein konnten, als Verzicht der Relatin auf den von ihr unternommenen Beweis. Das Gericht hat wiederholt angenommen, daß die Relation des Eides selbst dann zulässig sei, wenn der Relat nicht über ein eigenes Faktum aussagen könne, und dieselbe mithin als ein Recht des Delaten anerkannt. Die Ausübung eines Rechtes aber ist nicht mit Strafe bedroht und es dürfen daher keine nachtheiligen Folgen an dieselbe geknüpft werden. Will man von der Voraussetzung ausgehen, daß der Delat nur in böswilliger Absicht den ihm über eine Thatsache, worüber er den Wissenseid schwören kann, zugeschobenen Eid zurückschieben könne, so verbiete das Gesetz eine solche Relation. So lange dieß nicht geschieht, hat Niemand und namentlich nicht der Richter ein Recht, unehrenhafte Absichten zu vermuthen, und daraufhin zu urtheilen. Wie oft kommt es nicht vor, daß man sich der eigenen Handlungen nicht mehr errinnert, oder wenigstens nicht mit

hinlänglicher Sicherheit, um eidlich darüber zu deponiren. Als gewissenhafter Mensch mag der Betreffende nicht schwören und überläßt es daher seinem Gegner, die Gründe für seine Behauptung eidlich anzugeben und als Zeuge in eigener Sache aufzutreten. Hierin liegt nichts Unrechtes und nichts Unmoralisches, und es ist daher auch kein Grund vorhanden, um in einem solchen Falle alle Grundsätze des Beweisrechtes über Bord zu werfen und eine Thatsache als wahr anzunehmen, weil der Delat den Eid zurückgeschoben und der Relat, welcher sie behauptet, hat eidlich versichert, er habe keine Kenntniß von derselben und habe auch trotz aller Bemühungen nichts Weiteres darüber in Erfahrung bringen können.

Aus den angebrachten Gründen halten wir dafür, die Motive des erwähnten Urtheiles seien im Widerspruch mit der Wissenschaft, der Natur der Sache und der bisherigen Praxis, und beantworten im Weiteren die Frage, was der Relat zu beschwören habe, dahin: Der Relat hat in der Regel die Wahrheit des von ihm aufgestellten Beweissatzes zu beschwören, oder wenigstens seinen eigenen Glauben mit solch' glaubwürdigen Gründen zu unterstützen, daß der Richter selbst die Ueberzeugung von der Wahrheit des Behaupteten gewinnen muß. Ist er nicht im Stande, solche Gründe anzuführen, oder beruft er sich gar nur auf sein Nichtwissen, so ist die zu beweisende Thatsache als nicht bewiesen zu betrachten.

Arenstein, den 19. September 1872.

Prof. K. G. König.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

April 1872.

1) Rückforderung einer Kaufsumme, weil der Kaufvertrag nicht zur Vollständigkeit gelangte. Condictio causa data causa non secuta.

Vom 12. April.

Unterm 9. Jänner 1866 verkaufte Fried. Dähler dem Sam. Bürki ein Heimwesen und die dazu gehörenden Beweglichkeiten, und der Verkäufer anerkannte, von dem Käufer für die Kaufrestanz befriedigt worden zu sein durch Einlösung von Wechseln. Dieser Kaufvertrag enthielt folgenden Wiederlosungsvorbehalt:

Der Verkäufer behält sich das Recht vor, die hierseitigen Sachen gegen Erstattung des Kaufpreises und Enthebung des Käufers von sämmtlichen durch diesen Vertrag eingegangenen Verbindlichkeiten innert der Frist von vier Jahren, von heute an gerechnet, wieder einlösen zu können." Im Juli 1866 verzichtete Dähler auf dieses Wiederlosungsrecht, wogegen Bürki sich bereit erklärte, die Ehefrau Dähler, welche wegen des inzwischen gegen ihren Ehemann verhängten Geltstages von diesem güterrechtlich getrennt war, an die Stelle desselben eintreten zu lassen. Dieses Anerbieten wurde von ihr angenommen, und in Folge dessen dem Sam. Bürki auf Rechnung der Kaufrestanz oder der Wiederlosungskaufssumme in zwei Stößen eine Zahlung geleistet von zusammen Fr. 2500. Später ließen die Parteien die Kaufsabrede wieder fallen und Frau Dähler verzichtete auf Geltendmachung des Wiederlosungsrechtes. In Folge dessen beanspruchte sie Rückerstattung der geleisteten Zahlungen, trat aber ihr daheriges Guthaben dem Johann Zimmermann ab, ihm die Einklagung desselben überlassend. In seiner Hauptvertheidigung erhob Bürki vorerst eine fristliche Einrede und schloß eventuell auf Abweisung des Rechtbegehrens. Widerklagsweise stellte er folgendes Begehren:

Es sei gerichtlich zu erkennen:

1) er habe durch Nichterfüllung der Verbindlichkeiten der Rechtsvorfahrin des Joh. Zimmermann Schaden erlitten;

2) dieser Schaden belaufe sich wenigstens so hoch als der Betrag des klägerischen Anspruches;

3) dieser Schadenbetrag sei zu compensiren mit dem klägerischen Anspruch.

Zu Begründung dieser Begehren brachte der Beklagte und Widerkläger an: die vom Kläger eingeforderten Fr. 2500 rührten aus einem vom Beklagten mit Frau Dähler-Schild abgeschlossenen Vertrage her, welcher die letztere verpflichtet habe, das von ihrem Manne verkaufte Grundstück von dem Käufer Sam. Bürki wieder einzulösen. Die gemachten Zahlungen hätten seiner Zeit den Anfang der Vertragserfüllung gebildet, und der Vertrag habe vollständig von Seiten der Frau Dähler erfüllt werden sollen, bevor er selbst zur Gegenleistung verpflichtet gewesen sei. Da sie selbst nun den Vertrag nur theilweise erfüllt habe, so sei weder sie noch ihr Rechtsnachfolger schon jetzt zur Klage berechtigt. Ob er selbst im Stande sei, den Vertrag durch Uebergabe des Grundstückes auch seinerseits zu erfüllen, komme gegenwärtig nicht in Betracht, sondern erst dann, wenn er selbst hiezu angehalten werden könne.

Die gemachten Zahlungen stellte Bürki nicht in Abrede, allein er habe den mit Frau Dähler abgeschlossenen Wiederkaufsvertrag nicht freiwillig fallen lassen, sondern sie sei einseitig und unbefugt von demselben zurückgetreten. Um einen Wiederlosungsvorbehalt endlich habe es sich gar nicht gehandelt, sondern Frau Dähler habe sich verpflichtet, das fragliche Heimwesen einzulösen und zwar unter folgenden Bestimmungen:

Sie habe dem Bürki die an Fried. Dähler bereits bezahlte Kaufrestanz von Fr. 4659. 53 wieder erstatten, ferner eine Forderung von Fr. 4435. 40, wofür das fragliche Grundstück gepfändet gewesen sei, bezahlen, und im Uebrigen alle im Kaufvertrage von ihm, dem Beklagten, übernommenen Verpflichtungen lösen und denselben überhaupt von allen daherigen Verpflichtungen befreien sollen.

Dieß Alles sei nun nicht geschehen und in Folge dessen das Grundstück gantrechtlich versteigert worden, woraus ihm ein Schaden entstanden sei, dessen Betrag die eingeklagte Summe bei weitem übersteige. Ein fernerer Schaden sei ihm dadurch entstanden, daß Frau Dähler das fragliche Grundstück sammt Beweglichkeiten während des schwebenden Wiederlosungsvertrages innegehabt und benutzt und verschiedene Beweglichkeiten verschleppt oder verbraucht habe. Bei Abschluß des Kaufvertrages mit Hrn. Dähler hätten diese Gegenstände einen Werth gehabt von Franken 6000, während die von Frau Dähler auf dem Heimwesen

zurückgelassenen nur einen solchen repräsentiren von höchstens Fr. 2500, so daß der Schaden sich auf wenigstens Fr. 3500 belaufe. Er habe daher gegen Frau Dähler resp. gegen deren Rechtsnachfolger eine Gegenforderung, welche dem Klagsanspruche mehr als gleichkomme, und da sie aus demselben Geschäfte herrühre wie der Klagsanspruch, so sei sie schon deßhalb coupensabel.

Die Prozeßschriften enthalten keine neuen und vom Endurtheile als erheblich anerkannten Thatsachen, weßhalb wir sie hier übergehen.

Durch Urtheil vom 12. April 1872 wies der Appellations- und Cassationshof zuerst den Beklagten Bürki mit seiner dilatorischen Einrede ab, unter Annahme folgender Motive:

daß Zimmermann nicht auf Erfüllung eines Vertrages klagt, sondern auf Rückerstattung einer Anzahlung, welche auf einem verabredeten, aber nicht zur Perfection und zur Vollziehung gelangten Liegenschaftskauf geleistet wurde;

daß der Beklagte damit einverstanden ist, daß die fragliche Kaufsabrede, weil der Vertrag nicht amtsnotarialisch verschrieben und gefertigt wurde, ungültig und nicht einklagbar, sowie, daß die Erfüllung des Vertrages nicht mehr möglich ist;

daß daher die Voraussetzung der Satz. 704 C. im vorliegenden Falle nicht vorhanden ist.

Dagegen wurde dem Kläger sein Klagsbegehren auf Restitution der Fr. 2500 zugesprochen. Motive:

daß die von Frau Dähler geb. Schild an den Beklagten auf Abschlag des mit demselben getroffenen Wiederlosungskaufes geleisteten zwei Zahlungen von zusammen Fr. 2500, deren Rückerstattung durch die Vorklage verlangt wird, von derselben unbestrittenermaßen unter der Voraussetzung, daß der Kauf zu Stande komme und vollzogen werde, gemacht wurden;

daß diese Erwartung nicht in Erfüllung ging, indem es bei einer mündlichen Kaufsabrede blieb, welche, wie angegeben, keine rechtliche Verbindlichkeit begründen konnte;

daß deßhalb Frau Dähler an der Nichtausführung des Kaufes keine Schuld trägt;

daß übrigens Sam. Bürki nicht mehr in der Möglichkeit wäre, denselben durch Uebergabe der Kaufsache zu erfüllen;

daß hier ein dem Fall der Satz. 1013 C. (condictio indebiti) analoges Verhältniß vorliegt und das Rückforderungsrecht des Klägers, als Cessionar der Frau Dähler, sowohl nach der Analogie dieser Gesetzesbestimmung als nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet erscheint, zumal, wenn die Rückforderung nicht statthaft wäre, der Beklagte sich um den daherigen Betrag ohne Grund zum Nachtheil der Frau Dähler bereichert hätte.

Endlich wurde die Widerklage des Beklagten ebenfalls zugesprochen. Motive:

daß dem Beklagten dadurch Schaden erwachsen ist, daß Frau Dähler, während der Zeit, wo sie das fragliche Grundstück inne hatte und benutzte, verschiedene dem Beklagten angehörende Beweglichkeiten veräußert oder entfernt hat;

daß Frau Dähler dazu kein Recht hatte, indem das Grundstück sammt Beweglichkeiten von Fried. Dähler an Sam. Bürki und von demselben an dessen Bruder, resp. Bendicht Fankhauser, eigenthümlich überging;

daß dieser Schaden sich nach Mitgabe der prozedürlichen Thatsachen auf mindestens Fr. 2500 beläuft;

daß der daherige Anspruch auf dem nämlichen Vertragsverhältnisse fußt, aus welchem der Vorkläger seine Rechte herleitet, und folglich widerklagsweise geltend gemacht werden kann (§ 151 P.).

2) Servitut des Musterplatzes. — Maß der Ausübung.

Aus einem March- und Theilungsbrief vom 13. November 1725 geht hervor, daß die Antheilhaber der sog. Eggerdingen-Allment in der Gemeinde Affoltern i. E. damals die h. Regierung um die Erlaubniß angingen, „diese gemein besitzende Weid „und Holz unter die 32 bisher gemein besessene Rechtsamen in „drei gleiche Theile zu vertheilen," woraufhin Unsere Gnädigen Herren und Obern, nach Untersuchung der Sache, diese Vertheilung „unter etwelchen nachbeschriebenen Vorbehaltnussen und „Conditionen gnädigst konzedirt, approbirt und gutgeheißen. „Als . . . .
„Sechstens und letzlichen, daß der Musterplatz an dem Ort, da er bisher gewesen, verbleiben solle."

Die Urkunde enthält hierauf die Vertheilung unter die Antheilhaber, mit Marchbeschreibungen 2c. Der oberste Theil der Allment wurde vier Besitzern (mit 11 Rechten) zugetheilt, mit dem Beifügen: „Dargegen aber soll diesem ersten „und obersten Theil die Beschwerd des Muster-„platzes, gleich wie im Vergangenen, verbleiben."

Diese „Beschwerde" findet sich auch in spätern Handänderungsakten über fraglichen Theil der Eggerdingen-Allment, Fuchshalden genannt, eingegeben. So in dem Kaufbriefe zwischen Joh. Hänni und Hans Ulrich Ledermann von 1817: „Den „Trüllplatz für die Gemeinde Affoltern solle der Käufer auf

„hier Verkauftem dulden;" — in dem Erbauskauf zwischen den Kindern des H. U. Ledermann von 1840: „Im Fernern sei „von dem gedachten Verkäufer vorbehalten worden, daß der „Trüllplatz für die Gemeinde Affoltern auf dem Verkauften „geduldet werden solle;" — und endlich in der Liegenschaftsabtretung des A. Ledermann an seine drei Söhne (die heutigen Besitzer) vom Jahr 1861: „Von dem Vorbesitzer Joh. Hänni „wurde vorbehalten, daß auf den unter Nr. 5 und 8 hievor „beschriebenen Liegenschaften (Fuchshalden) der Trüllplatz für „die Gemeinde Affoltern geduldet werden soll."

Als nun im Mai 1870 der Gemeinde Affoltern ein Wiederholungskurs für ein halbes Bataillon angesagt und während einer Woche auch abgehalten wurde, weigerten sich zwar die Brüder Ledermann nicht, ihre Fuchshalde für die daherigen Uebungen herzugeben, verlangten aber Vergütung des daraus entstandenen Schadens, von der Ansicht ausgehend, daß die „Beschwerde des Musterplatzes für die Gemeinde Affoltern" nicht auf größere Truppentheile ausgedehnt werden dürfe.

Da die Gemeinde Affoltern anderer Ansicht war, so übertrugen Parteien dem Appellations- und Cassationshof compromißweise die Beurtheilung folgender Streitfragen:

1) Ist die in dem Erwerbtitel der Gebrüder Ledermann und in den diesem vorhergehenden Titeln enthaltene Bestimmung, „daß auf den unter Nr. 5 und 8 hievor beschriebenen Liegen„schaften (Fuchshalden) der Trüllplatz für die Gemeinde „Affoltern geduldet werden solle," so auszulegen, daß dieselben auch gehalten seien, diese Liegenschaften zu den Uebungen von größern, nicht aus Gemeindeeinwohnern bestehenden Truppentheilen unentgeltlich herzugeben?

2) Waren insbesondere die Gebrüder Ledermann verpflichtet, die fragl. Liegenschaften zu dem für den 4. bis 11. Mai 1870 der Gemeinde Affoltern angesagten Wiederholungskurs des linken Flügels des Bataillons Nr. 91 unentgeltlich herzugeben?

3) Ist die Gemeinde Affoltern, falls die Fragen 1 und 2 verneinend beantwortet werden sollten, verpflichtet, den den Gebr. Ledermann durch die Abhaltung dieses Wiederholungskurses entstandenen Schaden ganz oder theilweise zu ersetzen?

4) Wie hoch ist dieser Schaden?

5) Wem fallen die Kosten auf?

In ihrem Memorial machten die Gebr. Ledermann namentlich geltend, daß ehemals das „Trüllen" der wehrfähigen Mannschaft gemeindeweise stattgefunden habe, die „Trüllplätze" also nur für die militärischen Uebungen der Gemeindseinwohner bestimmt ge-

wesen seien. Nach einem Etat über die Trüllmeister-Musterplätz aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts sei das Total der auf dem Musterplatz zu Affoltern zu trüllenden Miliz auf 68 Mann angegeben. Sie betonten ferner die strikte Auslegung der Servituten und den Umstand, daß die Grundsteuerschatzung der Fuchshalde von der Gemeinde ohne Rücksichtnahme auf die darauf haftende Beschwerde gemacht worden sei.

Die Gemeinde Affoltern machte hinwieder geltend, daß für die Interpretation nur die Urkunde von 1725 maßgebend sein könne, aus welcher hervorgehe, daß der Staat als Lehensherr (Obereigenthümer) der Allment die Vertheilungskonzession ertheilt und dabei den Musterplatz vorbehalten habe. Es sei also nicht eine Servitut, d. h. ein jus in re aliena, konstituirt, sondern zu Gunsten des Obereigenthümers dieser Vorbehalt (gleichsam als Entgeld der Vertheilungskonzession) gemacht worden. Daraus gehe einerseits hervor, daß die Interpretationsregeln für Servituten im Fragfalle nicht zutreffend seien und daß anderseits der Staat als berechtigtes Subjekt anzusehen sei, nicht die Gemeinde Affoltern, welche das fragliche Recht nur im Namen des Staates ausübe.

In Betreff des Schadens lagen zwei verschiedene Schatzungen vor: Fr. 180 und Fr. 100.

Der Appellations- und Cassationshof hat am 20. April 1872:

in Betrachtung:

1) daß die Gebrüder Ledermann die Verpflichtung anerkennen, auf ihrer Fuchshalden resp. auf den in der Liegenschaftsabtretung vom 2. Februar und 1. März 1861 unter Nr. 5 und 8 beschriebenen Grundstücken „den Trüllplatz für die Gemeinde Affoltern zu dulden;" dagegen die Auslegung, welche die Gemeinde Affoltern dieser Last geben will (s. Streitfragen 1 und 2) bestreiten;

2) daß sich nun aus dem March- und Theilungsbrief über die im Gericht- und Kirchhöre Affoltern liegende Eggerdingen-Allment, Weid und Holz vom 13. November 1725 ergiebt, daß die Allmentvertheilung auf spezielle Bewilligung und Vorschrift der Bernerregierung geschah — und unter anderen Bedingungen der Passus vorkömmt: „dagegen soll diesem ersten und obersten Theil (auf welchem die beiden Fuchshalden der Gebr. Ledermann liegen), die Beschwerde des Musterplatzes, gleichwie im Vergangenen, verbleiben;

3) daß diese Urkunde allerdings maßgebend ist, weil sie unter der Mitwirkung aller betheiligten Personen entstanden ist, während später der Staat nicht mehr verhandelte;

4) daß jedoch, nach den prozedürlichen Nachweisungen über die Entwicklung des bernischen Kriegswesens nicht anzunehmen ist, daß der Ausdruck „Musterplatz" etwas Anderes besagen wollte als der in spätern Titeln und zwar zuerst in der Handänderungsurkunde von 1817 vorkommende Ausdruck „Trüllplatz für die Gemeinde Affoltern;"

5) daß sich aus diesen historischen Nachweisungen und Belegen (s. die Citate aus von Rodts Geschichte des bernischen Kriegswesens und den „Etat über die Trüllmeister, Musterplätz von der Miliz") ergiebt, daß jeder Ort oder Gemeinde einen Sammelplatz (Musterplatz, Trüllplatz) hatte und diese Sammelplätze lediglich für das Trüllen der Gemeindsgenossen oder Ortseinwohner bestimmt waren, speziell der Trüllplatz zu Affoltern zum Instruiren der milizpflichtigen Gemeindseinwohner von Affoltern — im Etat mit 68 Mann angegeben — bestimmt war;

6) daß diese Uebung im vorliegenden Fall entscheidend ist, indem das Maaß, in welchem eine Dienstbarkeit ausgeübt werden darf, zunächst nach dem Titel, sofern derselbe deutlich ist, oder der anerkannten Uebung bestimmt werden soll (Satz. 458 C.);

7) daß die auf der Fuchshalden haftende Last offenbar erschwert würde, wenn nicht bloß die militärischen Uebungen der milizpflichtigen Einwohner Affolterns, sondern diejenigen von größern nicht aus Einwohnern Affolterns bestehenden Truppentheilen darauf geduldet werden müßten;

8) daß die Servitut, als eine Beschränkung der Eigenthumsfreiheit, nie ausdehnend, sondern immer strikte und im Zweifelsfalle einschränkend ausgelegt werden soll;

9) daß, was endlich die Schadensersatzpflicht der Gemeinde Affoltern betrifft, dieselbe, mit Rücksicht auf die sub 1 erwähnte von den Gebrüdern Ledermann anerkannte Verpflichtung, nur eine theilweise sein kann und es diesen Umständen angemessen erscheint, für den zu ersetzenden Schaden die niedrigere Schatzungssumme anzunehmen;

erkennt:

1) die erste Streitfrage wird verneint;

2) die zweite Streitfrage wird ebenfalls verneint;

2) die dritte Streitfrage wird dahin beantwortet, daß die Gemeinde verpflichtet ist, den entstandenen Schaden theilweise zu ersetzen;

4) der Schaden, welchen die Einwohnergemeinde Affoltern zu ersetzen hat, wird bestimmt auf **Fr. 100**;

5) die Einwohnergemeinde Affoltern hat die Kosten an die Gebrüder Ledermann zu bezahlen. (Forts. folgt.)

Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.

1) Rechtliche Natur des Usucapionsbesitzes.

(Vom 24. Juli 1872.)

Am 14. September 1870 erwarb S. Wyler von Bremgarten in dem über Jakob Gehrig von Berkon verführten Geldstage 1 1/2 Vierling Feld und Reben. Bald darauf, am 25. September 1870, verkaufte Wyler das Grundstück an Jakob Koller in Berkon. Als die Zufertigung an den letztern vor sich gehen sollte, ließen die Erben des J. Meier von Lengnau dem Gemeinderath von Berkon eine Eingabe zugehen des Inhalts: „Sie seien Eigenthümer eines in Berkon gelegenen Grundstückes, des bereits erwähnten im Geldstage des J. Gehrig versteigerten Landes. Dieses Grundstück haben sie zwar seiner Zeit (dem nun fallit gewordenen) Jakob Gehrig zu kaufen gegeben; dieser Kauf sei aber nie gefertigt worden, wie denn auch der Kaufpreis noch ausstehe. Die Fertigungsbehörde werde auf dieses Verhältniß aufmerksam gemacht, mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß sie, die Erben Meier, das genannte Grundstück als Eigenthum ansprechen."

S. Wyler verlangte nun vermittelst einer Civilklage, daß die Erben Meier die gegen die Wegfertigung der Liegenschaft erhobene Protestation zurückziehen.

Allein der Eigenthumsanspruch der Erben Meier mußte wirklich als begründet angesehen und konnte deßhalb dem Klagbegehren des S. Wyler nicht entsprochen werden. Der Rechtsvorgänger der Erben Meier, Israel Meier, erwarb das Grundstück am 29. April 1858; noch im gleichen Jahre verkaufte Meier das Land an (den nun falliten) J. Gehrig in Berkon. Gehrig besaß und benutzte sodann das Grundstück bis zum Ausbruche seines Konkurses; dasselbe wurde ihm jedoch nie zugefertigt und gerade deßhalb konnte in seinem Konkurse das Eigenthum daran nicht auf S. Wyler übergehen, sondern sind die Erben Meier heute noch als Eigenthümer des Landes anzusehen.

Der Kläger Wyler machte die Ansicht geltend, der Gantverkauf als solcher sei unanfechtbar, für Jedermann verbindlich und über alle Protestationen erhaben, so daß den Erben Meier nichts anderes übrig bleibe, als die fehlbare Behörde für den erlittenen Schaden zu belangen. Allein der Kläger befindet sich

im Irrthum. Der Rechtssatz, daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe, gilt auch bei geltstaglichen Veräußerungen; die Geldstagsbehörde kann nur wirkliches Massengut rechtsgültig einem neuen Eigenthümer übertragen, nicht aber Objekte, welche erwiesenermaßen dritten Personen angehören.

Der Kläger Wyler suchte sodann den ihm fehlenden Nachweis eines gesetzlichen Eigenthumsübergangs an J. Gehrig durch die Behauptung zu ersetzen, daß J. Gehrig von dem im Frühjahre 1858 erfolgten Kaufe an bis zu dem im Jahr 1870 eröffneten Konkurse, somit mehr als 10 Jahre nach Inhalt des zwischen ihm und Israel Meier abgeschlossenen Kaufvertrages ununterbrochen besessen und benutzt habe und zwar mit der Absicht, als Eigenthümer zu besitzen und zu benutzen und daß daher J. Gehrig das Eigenthum am fraglichen Grundstück durch Verjährung erworben habe. Auch dieser Standpunkt erzeigt sich jedoch als ein unhaltbarer. Allerdings schreibt § 850 des a. b. G. vor: „Wer während zehn „Jahren ununterbrochen und weder heimlich noch bittweise eine „Sache besitzt oder ein dingliches Recht ausübt, erwirbt die „Sache oder das Recht durch Verjährung." Handelt es sich aber um die Lösung der Frage, wie der durch die citirte Vorschrift geforderte Besitz beschaffen sein müsse, damit derselbe die rechtlichen Folgen der erwerbenden Verjährung herbeiführe, so fällt in Betracht, daß dieser Besitz ein redlicher sein müsse. Der redliche Besitz ist durch § 438 des a. b. G. charakterisirt, welcher lautet: „Wer eine Sache, die er besitzt, aus wahrscheinlichen „Gründen für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer." Zum Verjährungsbesitz ist daher erforderlich, daß der Besitzer die Sache aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige halte, oder, um sich der Ausdrucksweise der Rechtswissenschaft und der obergerichtlichen Judicatur zu bedienen, daß der Besitzer die Sache aus einem Grunde für die seinige halte, der an sich geeignet gewesen wäre, Eigenthum für denselben hervorzubringen. J. Gehrig war aber nicht so im Besitze, daß er die Sache für die seinige halten konnte; denn er konnte das von Israel Meier gekaufte Grundstück deßwegen nicht als sein Eigenthum betrachten, weil der Kaufvertrag nie gefertigt worden war und er wissen mußte, daß das Eigenthum von Liegenschaften nicht schon durch Vertrag, sondern erst durch die Zufertigung (§ 512 des a. b. G.) erworben werde. Beim Mangel der Fertigung war daher der Besitz des J. Gehrig nicht ein solcher, daß er durch Zeitablauf das Eigenthum an der besessenen Sache hätte erwerben können.

2) Zeugenbeeidigung.

(Vom 25. Juli 1872.)

In einem vor Bezirksgericht Rheinfelden waltenden Civilprozesse war Beweis durch mehrere in Basel und in Birsfelden wohnende Zeugen beantragt. Die Parteien kamen dahin überein, daß die Abhör der Zeugen durch den Richter ihres Wohnortes, also in Basel und in Arlesheim stattfinden solle und wirklich wurden dieselben von diesen beiden Amtsstellen einvernommen. Als das Einvernahmsprotokoll den Parteien zugekommen, stellte der Gegner des Beweisführers, der Beklagte, das Begehren: Es wolle erkannt werden, daß sowohl die vom Gerichtspräsidium Basel als die vom Gerichtspräsidium Arlesheim abgehörten Zeugen, insofern deren Beeidigung vor den Gerichten ihres Wohnsitzes unstatthaft sei, ihre Aussagen vor Bezirksgericht Rheinfelden zu beschwören haben.

Diesem Begehren, welches vom Bezirksgericht als begründet erklärt worden, wurde jedoch nicht Folge gegeben; man fand nämlich: die in Basel und in Birsfelden wohnenden Zeugen seien von dem Richter ihres Wohnsitzes einvernommen worden; nach ausdrücklicher Vorschrift des § 189 der P. O. haben dieselben auch vor dem gleichen Richter den Zeugeneid zu leisten. Daraus folge, daß bezüglich der Einvernahme der Zeugen und deren Beeidigung dasjenige Verfahren maßgebend sei, welches beim Richter des Wohnorts Geltung habe. Manche Gesetzgebungen kennen nun den assertorischen Zeugeneid nicht, sondern nur den promissorischen; wenn der Zeuge in einem Lande verhört werde, wo bloß der promissorische Zeugeneid Anwendung finde, so müsse derselbe vor der Einvernahme schwören, daß er sein Zeugniß der Wahrheit gemäß abgeben wolle. Habe ein Zeuge diesen Eid geleistet, so sei es dann unzulässig, denselben auch noch nach der Einvernahme in Rheinfelden schwören zu lassen, daß er die Wahrheit gesprochen habe. Ebenso sei es unstatthaft, den in Basel verhörten Zeugen, welchen vor der Einvernahme das Handgelübde an Eidesstatt abgenommen worden, aufzugeben, daß sie ihre Depositionen vor Bezirksgericht Rheinfelden beschwören. — Aber selbst, wenn keine handgelübdliche Einvernahme stattgefunden und auch eine nachherige Beeidigung nach den Gesetzen des Wohnorts der Zeugen unzulässig wäre, dürften dieselben gleichwohl nicht verhalten werden, vor Bezirksgericht Rheinfelden den Zeugeneid zu leisten, weil, wie bereits erwähnt worden, hinsichtlich der Einvernahme und Beeidigung

der Zeugen die Gesetze ihres Wohnortes zur Anwendung kommen.

3) Der Vollmachtgeber wird nur insoweit verpflichtet, als der Beauftragte innert den Grenzen der Vollmacht handelt.

(Vom 25. Juli 1872.)

Von A. und B. wurde folgender Wechsel ausgestellt: „Bern, den 1. Mai 1870. Gut für Fr. 300. Drei Monate „de dato zahlen wir gegen diesen Eigenwechsel an die Ordre und „im Domizil der löblichen Volksbank in Bern die Summe von „Franken dreihundert; Werth in Baar erhalten.

„Die Wechselschuldner."

Behufs Erhebung des Wechselbetrages fertigten die Wechselschuldner eine Vollmacht, des Inhaltes: „Wir bevollmächtigen „hiemit den J. M., unsern Eigenwechsel per Fr. 300 vom heutigen „Tage der löblichen Volksbank dahier gegen Bezug des Baarschaftsbetreffnisses auszuhändigen."

„Bern, den 1. Mai 1870."

„Die Vollmachtgeber als Wechselschuldner."

Der Bevollmächtigte übergab nun den Wechsel nicht der Volksbank in Bern, sondern den HH. Ziegler und Comp. in Veltheim, welche den Wechselbetrag, abzüglich des verabredeten Einschlags, ausbezahlten. Als der Verfalltag gekommen, belangten die HH. Ziegler und Comp. die Wechselschuldner um Bezahlung der Fr. 300. Was nun dieses Klagbegehren anbelangt, so hat der Bevollmächtigte, da er die Versilberung des Wechsels nicht bei der Volksbank in Bern, sondern bei den Klägern bewerkstelligte, offenbar die ihm ertheilte Vollmacht überschritten und ist deßhalb durch seine dießfällige Handlungsweise für die Auftraggeber keine Verbindlichkeit begründet worden.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Beklagten bei Ausstellung des Wechsels keinen andern Zweck gehabt, als sich den darin genannten Betrag von Fr. 300 zu verschaffen und es ihnen an und für sich gleichgültig sein konnte, von wem der Bevollmächtigte das Geld erhalte, so ist angesichts des strikten Wortlauts der Vollmacht in Verbindung mit dem Wechselinhalte eine derartige Willensinterpretation gleichwohl unzulässig. Die Vollmacht lautet in Uebereinstimmung mit dem Wechsel bestimmt und ausschließlich auf Versilberung bei der Volksbank in Bern und nur dieser Anstalt ist in der Wechselurkunde das Recht eingeräumt worden, den Wechsel weiter zu

begeben. Man muß daher annehmen, daß es im Willen der Wechselaussteller und Vollmachtgeber gewesen sei, sich nur gegenüber dieser Anstalt und deren Rechtsnachfolgern zu verpflichten. Es lassen sich auch Fälle denken, daß derjenige, der eine Schuldurkunde ausstellt, Gründe haben möge, sich einem bestimmten Gläubiger und nicht einen beliebigen dritten verbindlich zu machen.

Ist es nun richtig, daß der Mandatar sich einer Ueberschreitung der ihm ertheilten Vollmacht schuldig gemacht, so hat er eben nur sich selbst und nicht auch seine Vollmachtgeber verpflichten können und zwar nach Mitgabe von § 763 a. b. G., welcher die Bestimmung enthält: „Ueberschreitet der Bevoll„mächtigte die Grenzen seiner Vollmacht, so haftet er persönlich. „Der Vollmachtgeber wird in diesem Falle nur so weit verpflich„tet, als die Vollmacht geht, oder als er das Geschäft geneh„migt oder den daraus entstandenen Vortheil sich zugeeignet.

Die Beklagten sind sonach nur dann zur Zahlung verpflichtet, wenn sie, was die Kläger eventuell behaupten, damit einverstanden gewesen und mit ihrem Wissen und Willen geschehen, daß der fragliche Wechsel anderswo als bei der Berner Volksbank verwerthet werde. In Ansehung dieser Behauptung ist daher das beantragte Beweisverfahren einzuleiten.

Literarische Anzeigen.

Die Publizianische Klage und die Manzipation von Theod. Gimmerthal, Kreisgerichtssekretär z. D. in Arnstadt. Bremen 1872, S. V, 135, 8.

Der Verfasser, welcher schon durch mehrere kleine Abhandlungen im Archiv für Civ. Pr. (Bd. 51, 52, 55) Proben civilistischen Scharfsinnes geliefert hat, auch bereits wieder eine neue Arbeit über die arbitrariæ actiones in Aussicht stellt, scheint sich einer Muße für litterarische Thätigkeit zu erfreuen, wie sie nicht leicht einem deutschen Justizbeamten zu Theil wird, wenn er nicht eben im Fall ist, seiner amtlichen Stellung das „z. D." beifügen zu können.

In der vorliegenden Schrift nun untersucht der Verfasser den Ursprung und nächsten Zweck der publizianischen Klage, welche bekanntlich in der klassischen Zeit sowohl dem bonitarischen

Eigenthümer, der sein Recht zwar a domino aber nicht legitimo modo, als dem bon. fid. possessor zustand, welcher umgekehrt sein Recht zwar legitimo modo, allein nicht a domino erworben hatte, bis am Ende mit dem Absterben der umständlichen, den Verkehr erschwerenden Erwerbsarten des alten Civilrechts (mancipatio und in jure cessio), sowie des Unterschiedes zwischen den mancipi und nec mancipi res, auch das damit im engsten Zusammenhang stehende bonitarische Eigenthum gegenstandslos geworden, und der bon. fidei possessor als der allein noch zur Anstellung der Publiciana Berechtigte übrig geblieben war. Für wen aber hat der Prätor Publicius — doch gewiß der bei Cicero pr. Cl. c. 45 erwähnte peregrinus Pr. v. J. 685 — diese Klage ursprünglich eingeführt? Für den bon. fid. possessor, wie v. Vangerow — oder für den bonitarischen Eigenthümer, wie z. B. Zimmern — oder für beide zugleich, wie Glück und A. annehmen? — Unser Verfasser harmonirt mit keinem dieser Vertreter abweichender Ansichten, weil er sie alle in dem gemeinsamen Irrthum befangen glaubt, die Klage sei ein Institut der aequitas und in Ausführung einer höheren in das allgemeine Bewußtsein eingedrungenen Rechtsidee verliehen worden, während doch vielmehr die utilitas, der materielle Vortheil, den Anstoß dazu gegeben habe. Denn bei genauerer Untersuchung stelle sich die Publiziana nur als eine natürliche Folge des seit den großen Eroberungskriegen vermehrten Güterverkehrs, und überhaupt als ein Produkt des seitdem ganz veränderten sozialen Lebens in Rom dar, und lediglich zur Erleichterung des Schutzes für den durch bloße traditio (in Erwartung der später nachfolgenden mancipatio) erlangten Erwerb einer mancipi res sei sie erfunden worden. Also doch, fügen wir hinzu, für das auf diese Weise zu einer Art von dinglichem Recht heranreifende rem in bonis habere, welches bisher jedes Klagschutzes entbehrt hatte: aber auch nur für dieses, und nicht etwa zugleich oder gar vorzugsweise für den bloßen bon. fid. possessor, den Erwerber a non domino, von welchem daher auch weder im ursprünglichen Edictsformular (L. 1. D. h. t.), noch im Klagformular bei Gajus IV. 36 die Rede sei, und welcher dort gar nicht genannt werden konnte, weil ja die ursprüngliche Voraussetzung der Publiziana ein Erwerb a domino bildete, bei welchem wiederum die zur Usucapion nothwendige bona fides eines Erwerbes a non domino gar nicht in Frage kam. Allerdings heißt es dann in L. 7, § 11. D. h. t. ausdrücklich « Praetor ait; Qui *bona fide emit* .... Publicianam habet; » allein wir stimmen dem Verfasser darin ganz bei, daß dieß ein

späterer vielleicht erst seit Julians Redaction aufgenommener Zusatz zum ursprünglichen Edict sei, wundern uns aber zugleich, daß er bei seiner etwas künstlichen Interpretation dieser Stelle an den bald darauf folgenden Worten « quamvis non a domino » so achtlos vorübergeht, während er gerade dieses Einschiebsel, zumal in Verbindung mit Gajus II, 41 und 43, welcher auch zuerst vom bonitarischen Eigenthümer spricht, und dann erst mit einem « Ceterum » auf den bon. fid. possessor übergeht, zur Unterstützung seiner Ansicht über den Ursprung der publizianischen Klage hätte benutzen können.

Doch, wollten wir in der bisherigen Weise fortfahren, über diese jeden Falls sehr interessante rechtsgeschichtliche Abhandlung zu referiren, so würden wir Gefahr laufen, eine Abhandlung über eine Abhandlung zu schreiben, und deßhalb beschränken wir uns auf folgende den weiteren Inhalt andeutende Angaben.

Die Ansicht, daß der formell mangelhafte Erwerb einer res mancipi (durch bloße traditio anstatt der mancipatio) den ersten Anlaß gegeben habe zur Einführung der publizianischen Klage (S. 4—14) nöthigt den Verfasser:

1) zu einer nochmaligen Prüfung und Feststellung der Manzipationssachen nach Art, Zahl und Grund ihrer Absonderung von allen übrigen Sachen (S. 15—25), hieran schließt sich ebenso nothwendig

2) eine eingehende Untersuchung über die Manzipation selbst, über Alter, Form, Bedeutung und Wirkung derselben, namentlich ob sie von jeher eine imaginaria emtio gewesen, oder dieß erst in der Folge geworden sei (S. 26—54). Erst gestützt auf diesen Unterbau folgt:

3) die ausführliche historische Begründung der Publiziana: ihr Urheber, Begriff und Grund, Erfordernisse und Gegenstände derselben (S. 55—135). Den Beschluß bildet sehr zweckmäßig eine kurze Angabe der allerdings von den bisherigen Ansichten in mehreren Punkten wesentlich abweichenden Resultate (S. 136 und 137). Prof. Dr. Pfotenhauer.

Entscheidungen des aargauischen Obergerichts auf dem Gebiete des Civilrechts aus den Jahren 1854—1871, von F. Schneider, Oberrichter. Verlag von Sauerländer in Aarau.

Der Verfasser hat die verdienstliche Aufgabe übernommen und ausgeführt, die unter der Herrschaft der gegenwärtigen

Civilgesetzgebung des Kantons Aargau ausgefällten obergerichtlichen Urtheile, welche Fragen grundsätzlicher Natur zum Gegenstande haben und deßhalb von allgemeinem Interesse sind, zu veröffentlichen. Durch die Anordnung des 582 Nummern umfassenden Stoffes nach der Legalordnung wird ein lebendiger Commentar zum Civilrecht und Civilprozesse gegeben, der besonders dem Rechtspraktiker zu Statten kommt, aber auch für die Wissenschaft und Gesetzgebung von unläugbarem Werthe ist. Solche Sammlungen gewähren vorerst dem Rechtsuchenden die Möglichkeit, zu erfahren, wie das Gesetz ausgelegt und auf die vorkommenden Fälle angewendet wird, sie dienen dem Interesse einer konstanten Gerichtspraxis, bieten dem Theoretiker Fühlung mit dem wirklichen Rechtsleben des Volkes, und sind endlich auch in legislatorischer Beziehung von Bedeutung, indem sie einer künftigen Gesetzgebung vorarbeiten.

Der Verfasser, dessen Arbeit selbverständlich aus den offiziellen Quellen, d. h. den Protokollen des aargauischen Obergerichts geschöpft ist, hat es verstanden, das Wesentliche des Thatbestandes aus dem Aktenmaterial in prägnanter Kürze hervorzuheben; die rechtlichen Momente und Entscheidungsgründe sind theils ebenfalls in kürzerer Fassung, wo die Wichtigkeit der Sache aber es erfordert, ihrem Wortlaute nach angeführt.

Indem wir das Werk der Aufmerksamkeit unserer Leser und des juristischen Publikums überhaupt bestens empfehlen, müssen wir an dieser Stelle nur bedauern, daß noch nie ein bernischer Jurist sich an eine ähnliche Bearbeitung unserer Gerichtspraxis gewagt hat. Allerdings wäre eine solche Arbeit, in Anbetracht des mehr als vierzigjährigen Bestehens unserer Civilgesetzgebung und der größern Zahl von Entscheidungen, als sehr umfangreich, zeitraubend und mühevoll vorauszusehen; allein sie würde, gleich wie diejenige des Herrn Schneider, einem fühlbaren Bedürfnisse entgegenkommen, selbst in dem möglichen Falle, daß sie durch eine neue Gesetzgebung überholt würde. R. L.

Berichtigung.

Seite 64, erste Zeile von oben, soll es heißen: „da dieselben überhaupt nicht in den Bereich der einem solothurnischen Anwalte erlaubten Berufsgeschäfte fallen.“

Die nächste Nummer wird einen Bericht bringen über die Versammlungen des bernischen und schweizerischen Juristenvereines, sowie die Eröffnungsrede des Herrn Dr. Bühler. Ebenso wird das vorzügliche Referat des Herrn Prof. Dr. Munzinger über das eheliche Güterrecht nach den verschiedenen schweizerischen Gesetzgebungen in unserer Zeitschrift erscheinen.

Stämpfli'sche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 4.

Oktober 1872.

Die Juristentage von Bern und Luzern.

13. und 30. September 1872.

Der bernische Juristenverein trat Freitags den 13. September zu seiner ordentlichen Jahresversammlung im Casino zu Bern zusammen. Das Haupttraktandum bildete der Vortrag des Herrn Professor König über die Zurückschiebung des Eides, wie derselbe in der vorhergehenden Nummer dieser Zeitschrift mit wenigen Abänderungen abgedruckt ist. Die Diskussion war ziemlich lebhaft, und namentlich suchten die Herren Oberrichter den einmal eingenommenen Standpunkt zu rechtfertigen, wenn auch nicht prinzipiell, daß durch Ableistung eines Ignoranzeides eine Thatsache bewiesen werden könne, jedoch mit Rücksicht auf den speziellen Fall. Da eine Abstimmung nicht vorgenommen wurde, so kann auch nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob der Verein in seiner Mehrheit den Ansichten des Referenten oder denjenigen des

A. und C. H. beigetreten ist. Nur die Praxis wird uns hierüber eine genügende Antwort geben können.

Das zweite Referat bezog sich auf die Frage, ob Erwerbsgesellschaften, die keine Aktiengesellschaften sind, auf eigenen Namen Liegenschaften erwerben können oder nicht. Der Referent, Professor König, beantwortete diese Frage für das bernische Recht verneinend, und wir geben hier nur andeutungsweise die daherigen Gründe.

Anlaß zu Behandlung der Frage gab ein Entscheid des Regierungsrathes vom 27. März 1869, welcher in seinen Erwägungen sich folgendermaßen ausspricht: Der Zufertigung von Liegenschaften an eine Erwerbsgesellschaft stehen keine positiven Gesetzesvorschriften entgegen, vielmehr ist es nach den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag, insbesondere nach S. 875 C. unzweifelhaft, daß das Kapital einer Erwerbsgesellschaft eben so wohl in Immobilien als in Mobilien bestehen kann. Wenn daher eine Erwerbsgesellschaft als solche das Recht hat, Grundeigenthum zu erwerben, so ist sie auch berechtigt, zu verlangen, daß ihr dasselbe auf ihren Collektivnamen (Firma) zugefertigt werde.

Dieser Argumentation ist jedoch entgegen zu halten: Eine Erwerbsgesellschaft, welche keine Aktiengesellschaft ist, ist keine juristische Person, weil es hiezu der Anerkennung der Regierung bedarf. Das Gesellschaftsvermögen kann daher nur den die Gesellschaft bildenden physischen Personen gehören, mithin auch nur ihnen übergeben und zugefertigt werden. Dieß ergibt sich deutlich und unzweifelhaft aus den gesetzlichen Bestimmungen selbst. Zu den Pflichten, zu welchen Gesellschafter einander gegenüber verpflichtet sind, gehört namentlich die Bildung eines Gesellschaftsfonds durch Beiträge der Einzelnen. Enthält der Vertrag keine Bestimmung über das Beitragsverhältniß, so hat jeder Gesellschafter zu gleichen Theilen beizutragen. Durch Vertrag aber können die Beiträge verschieden stipulirt und der Eine sogar von einem solchen ganz enthoben sein. Eigenthümer dieses Fonds

werden aber nicht sämmtliche Mitglieder, sondern nur diejenigen, welche Beiträge geleistet haben, und zwar nach Maßgabe derselben; diejenigen Mitglieder dagegen, welche sich nur zu Anwendung ihres Fleißes, zu Beförderung der gesellschaftlichen Angelegenheiten verpflichtet haben, haben an dem Gesellschaftsfonds keinen Antheil, obgleich sie im Falle des Verlustes desselben zum Ersatze mitverpflichtet sind, wie die übrigen. Das Gesetz läßt nach dem Gesagten gar keinen Zweifel darüber aufkommen, wer als Eigenthümer des Gesellschaftsfonds anzusehen sei, ob die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter; dazu kommt noch die ausdrückliche Bestimmung, daß in Betreff der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, beim Schweigen des Vertrages, die Bestimmungen über Miteigenthum Regel machen sollen. Wenn daher das Gesetz vorschreibt, daß die Beiträge in Kapitalien, beweglichen Sachen oder Grundstücken bestehen können und der Gesellschaft in den gesetzlichen Formen übergeben werden müssen, so wird unter dem Ausdruck Gesellschaft der Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens verstanden, mithin die einzelnen Gesellschafter. Unbewegliche Sachen, bei welchen die Zufertigung die Tradition vertritt, müssen daher denjenigen zugefertigt werden, welche Eigenthumsrecht an denselben erwerben sollen, mithin den einzelnen Gesellschaftern und nicht der Gesellschaft.

Während langer Zeit richtete sich denn auch die Praxis nach diesen Grundsätzen, und so lange das Aktiengesetz den Erwerbsgesellschaften die Möglichkeit nicht gewährte, sich als juristische Person zu konstituiren, konnten sie auch nicht auf eigenen Namen sich Liegenschaften zufertigen lassen. So hat z. B. die Thuner- und Brienzer-Dampfschifffahrtsgesellschaft lange vergeblich um diese Vergünstigung nachgesucht, und noch in neuester Zeit wurde der Schoßhaldenbrunnengesellschaft ein dahin gehendes Gesuch abschlägig beschieden, weßhalb sie genöthigt war, sich ihr Eigenthum auf Privatnamen zufertigen zu lassen. Dieser Entscheid ist nach unserer Gesetzgebung eben so unzweifelhaft richtig, als derjenige in Sachen

Henggeler und Comp. unrichtig ist. Auch andere Gesetzgebungen, mit welchen die bernische in Beziehung auf die Behandlung der Erwerbsgesellschaften viele Berührungspunkte hat, entscheiden die Frage im gleichen Sinne. Namentlich sollen nach der preußischen Gesetzgebung — Rescript vom 8. Januar 1836 — Grundstücke im Hypothekenbuch den Gesellschaftern und nicht der Gesellschaft zugeschrieben werden, und es wird durch die Eintragung bewirkt, daß das Miteigenthum auch gegen Dritte gilt.

Der von Prof. König, gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes, verfochtenen Ansicht widersprachen die Herren Prof. Dr. Munzinger und Oberrichter Moser, mit namentlicher Berufung darauf, daß im Falle eines Geltstages der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen in erster Linie den Gesellschaftsgläubigern hafte. Allein mit Recht wurde dagegen geltend gemacht, daß dieses Moment die Frage, ob der Gesellschaft oder den Gesellschaftern das Eigenthum an dem Gesellschaftsgut zustehe, nicht entscheide. Für die bisherige Praxis sprach sich auch an der Hand seiner Erfahrungen Herr Notar Schwamberger aus. Leider war jedoch die Zeit zu sehr vorgerückt, um dieses lehrreiche Thema erschöpfend behandeln zu können.

Seither wurde der Gedanke angeregt, wenigstens die in der Stadt Bern anwesenden Mitglieder des Vereines häufiger zu Behandlung wichtiger Rechtsfragen zusammen zu berufen.

Der schweizerische Juristenverein trat am 30. September in Luzern zusammen und wurde eröffnet durch folgende

Eröffnungsrede des Herrn Präsidenten Dr. Bühler, Oberrichter in Luzern.

Meine verehrten Herren Kollegen!

In Folge der mir durch Uebertragung des Vereinspräsidiums unverdient gewordene Auszeichnung habe ich die

Ehre, Sie Namens meiner Luzerner Kollegen zu begrüßen und Sie in Luzern recht herzlich willkommen zu heißen. An dieser Stätte ist es, wo unser Verein vor 11 Jahren in's Leben trat und so gestaltet sich unser dießjähriges Fest gleichzeitig zu einem Erinnerungsfest an unsere Gründung. Gestatten Sie mir daher, zur Eröffnung der Versammlung einen kurzen Rückblick in die Vergangenheit unseres Vereins und einen Aufblick in die Zukunft.

Als am 7. Juli 1861 die konstituirende Versammlung zu einer juristischen Gesellschaft der Schweiz stattfand, haben 138 Juristen aus einzelnen Kantonen ihren Beitritt erklärt. Seither ist die Zahl der Vereinsmitglieder auf nahezu 400 angewachsen, wobei — mit Ausnahme von Nidwalden und Wallis — alle Kantone vertreten sind. Das äußere Wachsthum des Vereins hat mithin den bei der Gründung gehegten Erwartungen entsprochen; ist es auch so mit unserer bisherigen Wirksamkeit? Unser Vereinszweck sollte ein dreifacher sein: ein wissenschaftlicher, ein praktischer und ein geselliger. Alle diese drei Vereinszwecke sind in meinen Augen gleichberechtigt; sie sind aber nicht immer in gleicher Weise gepflegt worden. Das Wiedersehen alter Freunde, das Anknüpfen neuer freundschaftlicher Beziehungen zwischen Kollegen in allen Theilen der Schweiz, der gesellige Gedankenaustausch, das Heraustreten aus dem gewöhnlichen Alltagsleben und Berufsgeschäft im festlichen Kreise der Genossen — dies Alles bietet soviel des Anregenden und Gemüthlichen, daß diese Förderung der geselligen Seite des Vereins fürwahr einen das kleine Opfer an Zeit und Geld, das mit dem Besuch der Jahresversammlungen verbunden ist, weit überwiegenden Gewinn für Geist und Gemüth bietet. Und doch müssen wir uns gestehen, daß der Besuch der Jahresversammlungen mitunter leider ein sehr geringer war und deßhalb der gesellige Vereinszweck nicht in gewünschter Weise gepflegt worden ist, woran allerdings unverschiebbare Berufsgeschäfte und andere Zufälligkeiten, mehr aber noch der Mangel an

Interesse für den Verein und Bequemlichkeit, im Verhältniß zwischen den deutschen und französischen Kollegen vielleicht auch die Sprachverschiedenheit Schuld tragen. Immerhin erinnern sich gewiß Viele von uns dankbar der bei den Jahresfesten froh verlebten Stunden, welche Anknüpfungspunkte für sonst nicht entstandene dauernde nähere Beziehungen unter Kollegen geworden sind. In Bezug auf die beiden andern Vereinszwecke, den wissenschaftlichen und den praktischen, so lassen sich zeitweilig Strömungen und Gruppen im Verein nicht verkennen; die Einen wollten mehr den wissenschaftlichen Vereinszweck gefördert sehen, die Andern dagegen den Schwerpunkt in das praktische Eingreifen in die Zeitfragen verlegen. In der Vereinigung beider Zwecke liegt offenbar das Richtige; theoretische Wissenschaftlichkeit, welche jede unmittelbare, in's Leben eingreifende Wirksamkeit verschmäht, ist ebensowenig geeignet, die Aufgabe des Vereines zu erfüllen und sein Gedeihen zu fördern, als es andrerseits gefährlich wäre, aus dem Verein eine Propaganda für ausgesprochen *politische* Tendenzen und Bestrebungen zu machen. — Im Einzelnen können wir mit den bisherigen *wissenschaftlichen* Leistungen des Vereins Angesichts des dieselben gewaltig hemmenden Partikularismus, dem in der Schweiz mehr als bei irgend einem andern Culturvolke das Recht und daher die Rechtswissenschaft verfallen ist, zufrieden sein, wenn gleich die daherige Arbeit eigentlich auf Wenigen lastete und allzu Viele nur gerne die Früchte genießen. Durch die jedesmalige Behandlung einer Rechtsmaterie von alle Kantone umfassendem Interesse unter Darlegung des bezüglichen Rechtszustandes in den Kantonen sowie unter Austausch der verschiedenen Anschauungen und Erfahrungen ist ohne Zweifel die Kenntniß der Uebereinstimmung und Verschiedenheit des Rechtes in den Kantonen wesentlich gefördert worden; es ist in meinen Augen nicht viel dagegen einzuwenden — obwohl es gerade bei ausgezeichneten Mitgliedern des Vereins Anstoß erregt hat — wenn in den letzten Jahren die Versamm-

lung, wie dies bei andern Vereinen auch geschieht, Resolutionen faßte, insofern nur eine Beschränkung auf Punkte beobachtet wird, in denen eine wirkliche Abklärung zu Tage trat, und insofern die Autorität einer derartigen Ueberzeugungsäußerung nicht höher angeschlagen wird, als was sie in Wirklichkeit ist, nämlich als die bloße übereinstimmende Ansicht der Mehrzahl der an der betreffenden Jahresversammlung theilnehmenden Juristen. Durch Dekretirung von Beiträgen aus der Vereinskasse an die Herausgabe der ältern Rechtsquellen in den Kantonen hat der Verein dazu beitragen wollen, den Pfad zu verfolgen, der unsere heutigen Rechtsinstitute mit der Vergangenheit verbindet; der erste Versuch mit den Rechtsquellen des Kantons Bern hat aber die Befürchtung gerechtfertigt, daß bei Kantonsregierungen und Publikum für derartige Bestrebungen kein großes Bedürfniß gefühlt wird und daher die erforderliche Theilnahme mangelt. Mehr unmittelbare Bedeutung als zweckmäßige Vorarbeit für einheitliche Gesetze hatte der Beschluß einer vergleichenden Zusammenstellung der kantonalen Civilrechte, deren Eigenthümlichkeiten und Lücken, sowie deren vielfache Uebereinstimmung im Wesen sich aus dieser Arbeit übersichtlich herausgestellt hätte; es sollte darauf Bedacht genommen werden, diesen Beschluß trotz der hinsichtlich der passenden Form sich ergebenden Schwierigkeiten zur endlichen Ausführung zu bringen. Endlich ist bei den wissenschaftlichen Leistungen vor Allem rühmlich unser langjähriges Vereinsorgan, die Zeitschrift für schweizerisches Recht, hervorzuheben, in welcher eine Reihe von trefflichen Abhandlungen über vaterländisches Recht erschienen sind und durch eine Sammlung interessanter Richtersprüche aus der Praxis der kantonalen Gerichtshöfe, sowie durch eine verdienstliche jährliche Uebersicht über die Produkte der kantonalen Gesetzgebungen die Kenntniß des Standes derselben auf die fast einzig mögliche Weise vermittelt wird. Zu meinem lebhaften Bedauern scheint sich seit 2 Jahren die Beziehung

unserer Gesellschaft zu unserm bisherigen Organ gelöst zu haben, doch hoffentlich nur vorübergehend.

In praktischer Beziehung erblicken wir unsere Aufgabe nach den Statuten darin, die möglichste Uebereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung anzustreben. Fast in jeder Jahresversammlung ertönte, anfänglich nur von Einzelnen und schüchtern auf wenige Verkehrsmaterien beschränkt, der Ruf nach mehr Einheit im Recht; später ist in umfassenderer Weise der Gegenstand in zwei Jahresversammlungen von verschiedenen Standpunkten aus erörtert worden. Von der Unzulänglichkeit aller andern Mittel, insbesondere der Konkordate, durch die Erfahrung belehrt, haben wir schließlich den Weg der Bundesgesetzgebung als den einzig tauglichen angesehen und in der Jahresversammlung in Solothurn eine Eingabe an die Bundesversammlung für Revision der Bundesverfassung in dem Sinne beschlossen, daß dem Bunde das Recht eingeräumt werde, über einzelne Theile des Civilrechts und Civilprozeßes für die ganze Schweiz verbindliche Gesetze zu erlassen; in der Versammlung zu St. Gallen wurde noch die Wünschbarkeit eines einheitlichen Strafrechts hinzugefügt. Eine auf Beschluß des Vereins ausgearbeitete populäre Broschüre verbreitete die Bestrebung nach Rechtsvereinheitlichung auch in weitern Kreisen. — Mit der letzten Bundesrevision scheinen sich mit einem Male die kühnsten Hoffnungen auf Vereinheitlichung des Rechts in der Schweiz zu verwirklichen. Der Volksentscheid hat zwar diese Hoffnung für den Moment vernichtet; allein mit großer Befriedigung kann ich doch bei der heutigen Versammlung konstatiren, daß die Idee von der Wünschbarkeit eines einheitlichen Rechts in der Schweiz seit der Gründung unseres Vereins nicht nur in unserem Schoos, sondern, getragen durch die Macht der Zeitverhältnisse und das tiefgefühlte Bedürfniß, auch im Schweizervolke Fortschritte gemacht hat, wie wir sie vor 11 Jahren nicht zu träumen wagten. Es ist dieß ein Fingerzeig für unsere Bestrebungen in der Zukunft.

Eine tiefgehende Wandlung in den Rechtszuständen der Schweiz im Sinne der Vereinheitlichung bereitet sich immer mehr vor, die, durch Mißverständnisse und die Macht des geschichtlich Hergebrachten, wohl auch durch politische Bedenken für einmal darniedergehalten, Kraft ihrer innern Berechtigung in der Zukunft zum Durchbruch gelangt. Es drängt dahin der historische Entwicklungsgang, indem in einer Periode, in welcher durch die assimilirende Kraft der Verkehrsmittel und Verkehrsbewegung das Originelle und Partikulare in den Rechtsanschauungen seine Berechtigung immer mehr verliert, nunmehr, wie früher die Dorf- und Amtsrechte dem einheitlichen Kantonalrecht, so die Letztern dem einheitlichen Rechte des höhern Ganzen allmälig zu weichen haben; es führt dazu der durch die politischen Machtverhältnisse unserer Nachbarn wohlbegründete Wunsch nach Stärkung des Gefühls der Zusammengehörigkeit der durch Sprache und Religion ohnehin genug geschiedenen Schweizer, welches in einem gemeinsamen Recht neue Nahrung erhielte, ohne daß einer Nationalität zu nahe getreten würde, denn in der heutigen Zeit der unzähligen Anregungen und Einwirkungen der europäischen Kulturvölker unter sich entwickelt sich das Recht nicht mehr wesentlich aus dem Innern der Nationalität und die universelle, allgemein menschliche Natur des ausgebildeten Rechts stoßt sich nicht an der Nationalität des Volkes, lebt doch der deutsche Rheinländer glücklich unter einem mit der französischen Nation gemeinsamen Recht; nach Vereinheitlichung des Rechts in der Schweiz ruft ferner das Bedürfniß, vor diesem müssen schwinden die Schlagbäume des Verkehrs, die partikularistischen Ausmünzungen der Rechtsinstitute und die Conflikte der kantonalen Rechte unter sich, welche die Rechtssicherheit beeinträchtigen und das Rechtsbewußtsein des Volkes verwirren, weil sie das Recht als ein Produkt willkürlicher Gesetzesfabrikation erscheinen lassen; die möglichste Vereinheitlichung des Rechts ist endlich ein Fortschritt, der sich wie eine gemeinnützige That über den hergebrachten Parteien sollte

verwirklichen lassen und der auch mit der Form des Bundesstaates ebenso gut vereinbar ist, als sich die Verschiedenheit des Rechts im Einheitsstaate denken läßt, je nachdem die Kulturstufe und die Bedürfnisse der Zeit sich mit lokalen Rechtsbildungen vertragen oder die Ausgleichung verlangen.

Die möglichste Vereinheitlichung des schweizerischen Rechts auf dem Wege der Bundesgesetzgebung muß daher unser Ideal sein und bleiben und unsere Aufgabe der Zukunft kann zuerst keine andere sein, als Alles zu thun, was diesem höchsten Ziele der Ausgleichung wirklich praktisch näher führt und daher insbesondere auch den Gedanken der Bundesrevision in einer den Erfolg verbürgenden Weise fördern hilft. Hauptsächlich ist es aber speziell Sache der schweizerischen Juristen, sich die Frage klar zu machen, in welcher Weise diese Vereinheitlichung durch den Bund am Zweckmäßigsten auszuführen sein wird, denn die Wege, wie man zu einer Vereinheitlichung gelangen kann, sind mannigfaltig, wie es die Geschichte der Kantonalrechte lehrt. In dieser Frage liegt meines Erachtens auch ein Anhaltspunkt für die so wünschbare Verständigung.

Nach meiner unmaßgeblichen Ansicht ist der sofortigen Abfassung eines vollständigen Civilgesetzbuches das Betreten des Weges allmäliger Ausgleichung durch eine successive planmäßige Spezialgesetzgebung aus praktischen Gründen weit vorzuziehen. Eine nüchterne, allen optimistischen Erwartungen entsagende Erwägung muß zur Erkenntniß führen, daß bei der Beschaffenheit der Rechtszustände in der Schweiz die Abfassung eines vollständigen Civilgesetzbuches eine sehr schwierige und langwierige Arbeit würde, welche geraume Zeit in Anspruch nehmen müßte, und daß bisdahin zunächst Alles wesentlich beim Alten bliebe. Und doch hat auch die Gegenwart ihre Rechte; sie kann verlangen, daß ihr wenigstens der erreichbare Theil geboten werde, wenn ihr der

Genuß des Ganzen noch versagt bleiben muß. Wenn ferner mit einem Male an uns die Aufgabe heranträte, sich mit einem vollständig neuen Privatrechts-System bekannt zu machen und praktisch darnach einzurichten, so müßte dieser unvermeidliche Uebergang eine höchst empfindliche Periode anfänglicher Unbehaglichkeit und Rechtsunsicherheit zur Folge haben, da die Kenntniß und Beherrschung des gesammten neuen Rechts eine Zeit lang nur eine sehr mangelhafte sein würde. Beide aufgezählten Uebelstände werden sich in sehr erheblichem Maße vermindern, wenn auf dem Wege der Spezialgesetzgebung des Bundes das einheitliche Recht nur nach und nach in kleinern, leichter zu bewältigenden Massen an das Volk heranträte und man sich schrittweise in den neuen Rechtszustand hineinleben könnte. Neben den Materien, wofür ein eigentlich zwingendes Bedürfniß existirt, müßte man mit solchen Rechtssätzen den Anfang machen, deren einheitliche Gestaltung für die ganze Schweiz am leichtesten und unbedenklichsten wäre und welche zugleich der Einfügung in die verschiedenen Privatrechtssysteme die verhältnißmäßig geringsten Schwierigkeiten darbieten. Auf diese Weise entstünde neben dem partikularen Recht ein immer wachsender Grundstock gemeinsamer Rechtsbildung, mit welcher leicht Schritt zu halten wäre.

Sehr bald würden sich die Vortheile und Wohlthaten eines gemeinsamen Rechts fühlbar machen und es würde sich das auf jenem allmäligen Wege erwachsene gemeinsame Recht wahrscheinlich rasch Zuneigung gewinnen. Nach und nach dürfte man daher ohne Besorgniß einer allzuempfindlichen Verletzung dem Volksbewußtsein zu Gunsten der Rechtseinheit noch größere Opfer an dem altgewohnten partikularen Rechte zumuthen und so würde man zuletzt, in einzelnen Materien offenbar rascher, in andern wenigstens leichter, bei dem Ziele der völligen Ausgleichung des gesammten Rechts in der Ausdehnung erlangen, in welcher eine solche Ausgleichung überhaupt thunlich und wünschenswerth ist.

Aber auch um in dieser schonenden und maßhaltenden Weise planmäßig vorzugehen, wird die Ertheilung der vollen Competenz zur Rechtsgesetzgebung an den Bund, in welcher Redaktion es auch geschehen mag, dessenungeachtet eine Nothwendigkeit sein, denn die systematischen Abtheilungen der Wissenschaft laufen im praktischen Leben und in der Gesetzgebung nicht so getrennt nebeneinander her und namentlich stehen die sämmtlichen Theile des Privatrechts in so mannigfaltiger Verkettung, daß von jeder erheblichen Veränderung auf dem einen Gebiet hie und da ein Rechtssatz eines andern Theils mitbetroffen und daher schon mit in die gemeinsame Regelung hineingezogen werden muß.

Bis das Ziel der möglichsten Vereinheitlichung des Rechtes durch die Bundesgesetzgebung erreicht ist, halte ich es inzwischen überdies für die Aufgabe jedes schweizerischen Juristen, bei Erlaß kantonaler Rechtsgesetze auf die Uebereinstimmung mit der besten bezüglichen Gesetzgebung eines andern Kantons mehr als bisher hinzuwirken und sich nicht von jenem übel angebrachten Stolze leiten zu lassen, „der es weder mit der persönlichen Ehre des Redaktors, noch mit derjenigen des Kantons vereinbar findet, nur einen Abklatsch eines andern Gesetzbuches zu geben", fanden es doch Holland und Italien um der Rechtsgemeinschaft willen mit ihrer Ehre vereinbar, den Code zu copiren. Fahren wir endlich fort, die einzelnen Parthien der kantonalen Rechte in vergleichende Besprechung zu ziehen und das wesentlich Gleichartige sowie die Ausgleichbarkeit des Verschiedenartigen immer mehr zum Bewußtsein zu bringen.

Neben diesen ernsten Aufgaben der Zukunft pflegen wir mehr als bisher durch fleißigen Besuch der Jahresversammlungen die freundschaftliche Gemeinschaft unter den schweizerischen Juristen; es wird dann noch manches Mißverständniß aufgeklärt, manches Vorurtheil beseitigt werden.

Möge die heutige Verhandlung über das eheliche Güterrecht den Beweis leisten, daß selbst in einer der schwierigern Parthien des Rechts die Vereinheitlichung keine unüber-

windlichen Schwierigkeiten darbietet und bei gutem Willen trotz der Verschiedenheit der in den Kantonen bestehenden Systeme sogar in dieser Materie eine Verständigung sich finden läßt.

Mit dem Wunsche, daß damit die Bestrebungen für ein einheitliches nationales Recht wieder etwas möchten gefördert werden, erkläre ich die 11. Jahresversammlung des schweizerischen Juristen-Vereins für eröffnet.

Dieser Rede folgte das treffliche Referat des Herrn Prof. Dr. Munzinger in Bern über die ehelichen Güterrechtsverhältnisse in der Schweiz. Wir wollen hier nicht vorgreifen durch eine magere Zusammenfassung desselben, sondern es so bald wie möglich vollständig in dieser Zeitschrift veröffentlichen. Herr Prof. Dr. Munzinger konstatirte in unserer kantonalen Gesetzgebung vier verschiedene Gruppen von güterrechtlichen Verhältnissen, nämlich diejenigen der Güterverbindung, der Errungenschaftsgemeinschaft, der Gütergemeinschaft und des Dotalsystems. Diese große Verschiedenheit bietet natürlich einer einheitlichen Gesetzgebung kaum zu überwindende Schwierigkeiten dar, und der Referent glaubt daher dem freien Vertragsrecht einen weit größeren Einfluß einräumen zu sollen, als es bisher in den meisten Kantonen der Fall gewesen ist. Daneben aber müsse auch für diejenigen Fälle, wo die Parteien es unterlassen, einen Vertrag abzuschließen, durch Aufstellung eines präsumtiv geltenden Systemes gesorgt werden. Als solches würde Referent dasjenige der Güterverbindung vorschlagen. Aus der Diskussion ergab sich, daß man den bisherigen Zustand für nicht länger haltbar, eine allgemein einheitliche Regulirung der Frage dagegen für nothwendig und thunlich hielt. Prof. König in Bern sprach sich für das System der Gütervereinigung aus. Die Ehe ergreife das gesammte Vermögen beider Eheleute ohne Rücksicht auf den Ursprung und diene zu Erreichung der ehelichen Zwecke. Hieher gehören aber nicht nur die Zwecke der Haushaltung, sondern die ganze Lebensstellung der Eheleute, ihr Handel und ihr Gewerbe. Das

ganze Vermögen bilde daher eine gemeinschaftliche Masse, an welcher beiden Ehegatten ein ideelles Miteigenthumsrecht zustehe; hiezu gehöre aber auch das während der Ehe errungene oder erworbene Vermögen. Dem Ehemann stehe als dem Familienhaupte die Verwaltung dieses gemeinschaftlichen Vermögens zu, und da ihm auch das Recht zustehe, seine Frau zu vertreten, so stehe ihm auch das Verfügungsrecht über das gemeinsame Vermögen zu; dieses Verfügungsrecht folge aber nicht aus dem Eigenthumsrecht, sondern aus dem Vertretungsrecht. Hiebei sei kein Unterschied zu machen zwischen Mobilien und Immobilien. Da aber der Frau keinerlei Recht zustehe, auf die Verwaltung des Vermögens einzuwirken, sondern dieselbe unbedingt dem Ehemanne überlassen müsse, so sei ihr nach Recht und Billigkeit im Konkurse des Ehemannes für eine Quote ihres eingebrachten Vermögens ein Privilegium zu bewilligen. Die Gütereinigung habe den Tod des einen Ehegatten zu überdauern, und es solle daher dieselbe von dem Ueberlebenden fortgesetzt werden, auch wenn Kinder vorhanden seien; mit andern Worten das bisherige Miteigenthum wird Alleineigenthum des Ueberlebenden, und eine Auseinandersetzung mit den Kindern findet nur statt bei Eingehung einer neuen Ehe. Bei kinderlosen Ehen soll eine Theilung eintreten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen, jedoch unter Vorbehalt der Nutznießung am ganzen Vermögen für den Ueberlebenden bis zu seinem Tode oder seiner Wiederverheirathung. Im Falle einer Ehescheidung fällt das vereinigte Gut wieder auseinander mit möglichster Rücksichtnahme auf das von den Parteien wirklich in die Ehe Gebrachte, und auch mit Bezug auf die Errungenschaft dürfe die Frau nicht leer ausgehen, sondern es habe die Gesetzgebung die Quote zu bestimmen, welche ihr beim Mangel an vertragsmäßigen Bestimmungen zukommen soll. Dieß waren die Grundsätze des von Prof. König verfochtenen Systemes. Gegen das System der Errungenschaftsgemeinschaft sprach sich namentlich Herr Dr. Blumer aus, weil

dasselbe zwar bei einer landwirthschaftlichen Bevölkerung oder bei Kleingewerben angehe, bei entwickelter Industrie dagegen zu entschiedenen Ungerechtigkeiten führe.

Schließlich nahm der Verein mit einer an Einstimmigkeit grenzenden Mehrheit folgende Resolution an:

Der schweizerische Juristenverein spricht sich dahin aus: „Es dürfte unter der Voraussetzung, daß die betreffende Gesetzgebung den Charakter einer lex dispositiva behält, daß, mit andern Worten, den Ehegatten die Wahl zwischen verschiedenen gesetzlich normirten Systemen offen bleibt und nur Eines als Präsumtivsystem aufgestellt wird, möglich sein, ohne allzu starke Verletzung berechtigter Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Landestheile das Güterrecht der Ehegatten für die ganze Schweiz einheitlich zu regeln."

Die Diskussion war lebhaft und lehrreich wie noch nie, und bewies, daß die Rechtseinheit unter den Juristen die entschiedensten Vertreter zählt.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

April 1872.

(Fortsetzung.)

3) Paternitätsklage. Entschuldigung wegen nicht stattgefundener Schwangerschaftsanzeige.

(Vom 12. April 1872.)

In einem Paternitätsprozeß zwischen Maria Wyß und Niklaus Luder setzte der Beklagte dem gegnerischen Klagsbegehren vorerst eine prozeßhindernde Einrede entgegen und schloß eventuell auf Abweisung der Klage. Zu Begründung dieser Begehren brachte er an: Die Klägerin habe nicht nur inner der gesetzlich bestimmten Frist (Satz. 173 C.) keine Anzeige gemacht, sondern auch bis 8 Tage vor ihrer Niederkunft dem Kirchenvorstand von Oberbipp gegenüber den Zustand der Schwangerschaft beständig geläugnet. Zur Entschuldigung dieser Säumniß seien keine ge-

nügende Gründe vorhanden. Dr. Oboussier in Wangen habe schon im Januar 1871 der Beklagten gesagt, daß sie schwanger sei, und auch der Kirchenvorstand von Oberbipp habe die Klägerin und deren Mutter auf die Schwangerschaft aufmerksam gemacht, allein ohne Erfolg. Dagegen habe sie selbst dem Beklagten ihren Zustand mitgetheilt, so daß eine allfällige Unwissenheit nicht vorgeschützt werden könne. Den Umgang selbst gab der Beklagte zu, bestritt dagegen Urheber der Schwangerschaft zu sein. Bereits in der Klage hatte die Klägerin die Versäumniß der Anzeige zugegeben, allein sich darauf berufen, ihr Zustand sei ihr längere Zeit unbekannt geblieben und sie habe geglaubt mit einer Unterleibskrankheit behaftet zu sein. Auch die Hebamme habe das Vorhandensein einer Schwangerschaft verneint, während allerdings der Arzt dieselbe behauptet habe. Die Klägerin habe daher nicht in böser Absicht ihre Schwangerschaft vor dem Kirchenvorstand in Abrede gestellt. In der Replik fügte sie noch bei, der Beklagte selbst habe sie abgehalten, rechtzeitig eine Anzeige zu machen.

In erster Instanz wurde die Klägerin nicht entschuldigt, während die obere Instanz sie entschuldigte, „weil sie sich im ersten Fehler befinde, gut beleumbet sei und infolge von widersprechenden Angaben der Medizinalpersonen, welche ihren Zustand untersuchten, über denselben längere Zeit habe im Zweifel sein können."

In Folge dessen wurde der Klägerin der Ergänzungseid auferlegt und ihr nach Ableistung desselben ihr Klagsbegehren auf Verurtheilung des Beklagten zu den üblichen Leistungen zugesprochen.

4) Schadensersatzklage des Miethers gegen den Vermiether wegen Störung in der Benutzung der vermietheten Lokalitäten durch theils vorgesehene, theils nicht vorgesehene Bauten.

(19. April 1872.)

Durch Klage vom 26. Jenner 1871 stellte Hr. Arzt Mani das Begehren: Die Beklagten seien schuldig, ihm wegen Nichterfüllung des mit ihm geschlossenen Miethvertrages und wegen Störungen in der Benutzung der vermietheten Lokalitäten Entschädigung zu leisten.

Zur Begründung brachte er an, er habe von den Herren Kindler & Cie. eine Wohnung gemiethet von 3 Zimmern und Dependenzen, und es sollten ihm nach Erstellung des Hofgebäudes noch fernere zwei Zimmer in demselben sammt Küche eingeräumt

werden. Dieses letztere sei nun während der ganzen Dauer der Miethzeit nicht geschehen, ja am Ende der Miethzeit seien diese Zimmer noch nicht einmal vollendet gewesen. Ferner sei er in Folge vorgenommener Bauten in der Benutzung der gemietheten Wohnung nicht nur gestört, sondern theilweise an derselben geradezu verhindert gewesen. Die Beklagten bestritten die Verpflichtung gehabt zu haben, dem Kläger die zwei Hofzimmer binnen Jahresfrist einzuräumen, ebenso daß Inconvenienzen durch den Bau in erheblicherem Maße entstanden seien, als bei Abschluß des Miethvertrages selbst hätten vorgesehen werden können. Herr Mani habe daher kein Recht, sich über dieselben zu beklagen. Der A. v. C. h. fand das Begehren des Herrn Mani theilweise begründet unter Annahme folgender Motive:

Daß, was die Beschwerde wegen Nichtübergabe der zwei Zimmer und Küche im Hofgebäude betrifft, die fragliche Vertragsbestimmung keine Verpflichtung der Herren Kindler & Cie. enthält innerhalb einer bestimmten Frist dieses Hofgebäude zu erstellen, übrigens der Bau desselben ohne Verschulden der Herren Kindler & Cie. verzögert wurde, und endlich nicht erwiesen ist, daß Letztere dem Kläger erklärt haben, die fraglichen zwei Zimmer und Küche würden bis 1. November 1869 fertig sein;

daß aus diesen Gründen diese Nichtübergabe den Kläger nicht berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Miethvertrages zu verlangen;

daß dagegen die behaupteten Störungen in der Benützung der vermietheten und wirklich bezogenen Lokalitäten infolge der Seitens der Beklagten vorgenommenen Bauten, zum Theil wenigstens als nachgewiesen anzusehen sind;

daß insbesondere erwiesenermaßen die Küche nicht in einem solchen Zustande war, daß sie ihrer Bestimmung gemäß benutzt werden konnte; der Abtritt nicht benutzbar war und der provisorische im Hof erstellte, hauptsächlich für die Arbeiter bestimmte Abtritt denselben nicht ersetzen konnte; der Estrich häufig versperrt war, in den Zimmern namentlich wegen der Umbauung des Plainpieds verschiedene Unzukömmlichkeiten entstanden; der Hausgang einige Zeit verstellt war, Luftzug verursacht wurde u. s. w., unter welchem Zustand auch die Mägde des Klägers litten und es für dessen Patienten während einiger Zeit schwierig war, zu ihm zu gelangen;

daß infolge dessen die Bestandsache während eines Theiles der Miethzeit nicht geeignet war, dem Kläger den Vortheil zu gewähren, den sie nach dem Vertrage gewähren sollte, daß der

Kläger deßhalb nach dem Gesetz Schadenersatz zu verlangen berechtigt ist (S. 873. 845. 706. 711. C.).

Daß die Einwendung der Beklagten, der Kläger habe bei Abschluß des Miethvertrages von dem beabsichtigten Neubau Kenntniß gehabt und sich somit den damit verbundenen Unannehmlichkeiten unterzogen, nicht stichhaltig erscheint, indem einerseits im Vertrag nur von Aufführung des Hofgebäudes die Rede ist und viele der angegebenen Inconvenienzen durch die Bauten im Vorderhaus entstanden sind, anderseits nicht angenommen werden kann, daß der Kläger, wenn er auch um den Neubau wußte und des ferneren den Plan der Herren Kindler & Cie. in Händen gehabt hatte, alle entstandenen Inconvenienzen voraussehen konnte und sich denselben unterziehen wollte, und zwar um so weniger, als sich mehrere derselben bei Anwendung von Vorsichtsmaßregeln Seitens der Beklagten hätten vermeiden lassen;

Die Entschädigung, welche die Herren Kindler & Cie. an Herr Mani zu bezahlen hatten, wurde bestimmt auf Fr. 350; überdieß wurden sie dem Kläger gegenüber zur Hälfte der erstinstanzlichen Kosten verfällt; die oberinstanzlichen wurden dagegen wettgeschlagen.

Mit der gesprochenen Entschädigung wird der Kläger kaum den ihm auffallenden Antheil Kosten haben decken können.

5) Wechselexekutionsverfahren gegen den angeblichen Aussteller eines Eigenwechsels. Rechtstillstandsbegehren wegen wahrscheinlicher Fälschung, auch dann begründet, wenn eine Befreiung von der Depositionspflicht nicht stattgefunden hat.

(25. April 1872.)

Die Herren v. Ernst & Cie. befanden sich im Besitze zweier Wechsel von Fr. 900 und Fr. 1500 auf Niederhäuser. Auf die an diesen letzteren ergangene Wechselaufforderung erhob er die Einrede der Wechselfälschung und verlangte von der Depositionspflicht entbunden zu werden. Diesem Begehren wurde nicht entsprochen, dessenungeachtet aber eine Deposition des Wechselbetrages nicht vorgenommen. Schon vor Ausfällung dieses Urtheiles hatte indessen Niederhäuser eine Fälschungsklage eingereicht gegen Heimberg und Aegler und aus der daherigen Untersuchung ergab sich mit hoher Wahrscheinlichkeit, daß die Unterschriften Niederhäusers wirklich gefälscht seien. In Folge dessen lud er nun die Wechselinhaber v. Ernst & Cie. vor Richteramt Niedersimmenthal zur Beurtheilung des Rechtsbegehrens:

Die für den Vorgeladenen gegen den Vorlader angehobene Betreibung sei einzustellen, resp. in der Sache ein Rechtsstillstand auf so lange zu verhängen, bis die gegen Heimberg und Aegler obwaltende Kriminaluntersuchung durch Beurtheilung erledigt, d. h. über die Aechtheit oder Unächtheit der fraglichen Unterschriften entschieden sein werde."

Die vorgeladenen Herren Ernst & Cie. schlossen auf Abweisung des gegnerischen Rechtsbegehrens unter Kostenfolge. Zwar bestritten sie die thatsächlichen Anbringen des Vorladers nicht, behaupteten jedoch, durch die unterlassene Deposition habe Niederhäuser das Recht, einen Rechtsstillstand zu fordern, verwirkt, und es seien überhaupt solche Gesuche im Wechselrechte nicht zulässig.

Erstinstanzlich wurde das Rechtsstillstandsbegehren Niederhäusers zugesprochen und dieser Entscheid in oberer Instanz bestätigt; Motive:

daß allerdings Niederhäuser, als er auf die erlassene Wechselaufforderung hin die Einrede der Wechselfälschung erhob, vom Richteramt Niedersimmenthal mit seinem Gesuche um Entbindung von der Depositionspflicht abgewiesen wurde, und die betreffenden Wechselbeträge nicht deponirt hat;

daß, wie sich jedoch aus der von Niederhäuser angerufenen und von der Kriminalkammer amtlich mitgetheilten Kriminaluntersuchung gegen Johann Aegler Sohn und Mith. ergibt, bereits vor den, vom 16. Oktober 1871 datirenden Wechselaufforderungen und vor dem obigen Entscheide des Richteramtes Niedersimmenthal, Niederhäuser eine Anzeige wegen Wechselfälschung einreichte, auf welche hin Johann Aegler in Biel inhaftirt wurde, und die ihm zur Last gelegten Wechselfälschungen eingestund, und anzunehmen ist, das Richteramt Niedersimmenthal würde, wenn es volle Kenntniß dieser Thatsachen gehabt hätte, die Enthebung von der Depositionspflicht ausgesprochen haben,

daß im Ferneren nach dem bisherigen Ergebniß dieser Untersuchung der Fall der Enthebung von der Depositionspflicht vorhanden war, und die Unterschriften des Impetranten Niederhäuser auf den fraglichen Wechseln als gefälscht betrachtet werden dürfen,

daß die Impetraten selbst die Wahrscheinlichkeit der Fälschung der fraglichen Wechselunterschriften zugeben,

daß unter diesen Umständen das Rechtsbegehren des Niederhäuser gerechtfertigt erscheint, indem:

a. Im Civilprozeßverfahren bei der Einrede der Fälschung der Prozeß eingestellt und die Sache dem Strafrichter überwiesen werden soll. (§ 215 P.)
b. Die aus einer strafbaren Handlung entspringende Civilklage, welche beim Civilrichter besonders angebracht wurde, auf so lange eingestellt werden soll, bis über die öffentliche Klage definitiv entschieden ist. (Art. 3. St. V.)
c. Hier ein analoger Fall vorliegt, bei welchem der Grund dieser Gesetzesbestimmungen im gleichen Maße zutrifft.

6) Das Forum wird verschlossen, wenn Parteien bei Uebertragung einer Streitsache zum Spruch die Appellation nicht ausdrücklich vorbehalten, sondern nur erklärt haben, auf dieselbe nicht Verzicht leisten zu wollen.

(27. April 1872.)

Gatschet forderte von Simmen für gemachte Berufsarbeiten einen Betrag von Fr. 381. 79 und unterm 29. Juli 1871 schlossen Parteien folgenden Vergleich:

1. Herr Simmen bezahlt dem Gatschet die durch dessen Klage eingeforderten Fr. 392. 79, jedoch ohne Präjudiz für die Frage, welcher Partei die Kosten auffallen.
2. Damit ist die Hauptsache erledigt und es bleiben nur noch streitig die in derselben ergangenen Kosten. Den Entscheid über den Kostenpunkt übertragen Parteien dem Gerichtspräsidenten von Erlach, welcher nöthigenfalls einen Beweis ausheben und nach allfällig stattgefundener Beweisführung sein Urtheil fällen wird. Auf die Appellationsrechte bezüglich dieses Urtheils leisten Parteien nicht Verzicht.

Gestützt auf diese Uebereinkunft fällte der Richter sein Urtheil, wodurch er dem Simmen den größten Theil der Kosten auferlegte. Simmen appellirte gegen diesen Entscheid, allein in oberer Instanz wurde ihm auf Antrag der Gegenpartei das Forum verschlossen; Motive:

daß sich Parteien über die Hauptsache verglichen und die Kostenfrage durch Kompromiß dem Gerichtspräsidenten von Erlach zum Entscheid übertragen haben, welcher Entscheid den Inhalt des appellirten Urtheils bildet,

daß die Kostenfrage demnach als Streitgegenstand zu betrachten ist,

daß, wenn auf den Werth des Streitgegenstandes gesehen wird, die Appellation allerdings als zulässig erschien, indem die Kostennote des Klägers die Summe von Fr. 289. 86 über-

steigt, übrigens die Kostenforderungen beider Parteien im Streite liegen,

daß jedoch nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 383 P. die Appellation gegen Schiedssprüche nur denn zulässig ist, wenn Parteien dieselbe bei der Uebertragung zum Spruche ausdrücklich vorbehalten haben,

daß dieses im vorliegenden Falle nicht in genügender Weise geschehen ist, indem Parteien in der Uebereinkunft vom 29. Juli 1871 nicht erklärt haben, sich die Appellation vorzubehalten, sondern bloß, daß sie auf ihre vorausgesetzten Appellationsrechte nicht verzichten, während diese Appellationsrechte damals nicht bestanden haben (vergl. § 331 P.).

Anmerkung. Diese letztere Argumentation ist denn doch etwas zu formalistisch. Wenn beide Parteien erklären, auf ihr Appellationsrecht nicht Verzicht leisten zu wollen, so ist dieß gleichbedeutend mit einem Vorbehalt dieses Rechtes, und da nicht eine bestimmte Formel, der Gebrauch bestimmter Worte, vorgeschrieben ist, so ist der Sinn der gewählten Worte entscheidend, und über diesen konnte kein Zweifel bestehen. Wir wünschen den Formalismus und die Wortjuristerei nicht zurück, welche in den ersten Jahren nach Einführung des Civil-Prozesses Gerichtspraxis zu werden gedroht hat.

7) Zu- und Vonfahrtsrechte. Wegrechte. Klage auf Anerkennung von solchen zu Pflanzplätzen, welche die Kläger, bezw. ihre Vorfahren infolge Vertheilung des burgerlichen Vermögens der Stadt Biel erworben, zugesprochen, weil diese Wegrechte (welche die Kläger stets benutzt) nach Beweisergebniß von Anfang der Vertheilung an datiren und die Benutzung der Plätze ohne diese Wegrechte unmöglich wäre, somit als gleichzeitig mit den Eigenthumsrechten entstanden anzusehen sind.

Joh. Grünig und Mith. gegen Th. Weck und Mith.

(26. April 1872.)

In einer vom 17. Oktober 1870 datirten Klage stellen die Kläger das Rechtsbegehren:

Es sei gerichtlich zu erkennen: die Beklagten seien schuldig, den Klägern das ihnen schuldige Zu- und Vonfahrtsrecht (Fuhrenrecht) zu ihren Pasquartplätzen anzuerkennen und den frühern Zustand wieder herzustellen, unter Kostenfolge;

zu dessen Begründung sie anbrachten:

Jeder der Kläger habe einen oder mehrere in dem Gemeindsbezirk Biel gelegene Pasquartplätze erworben, von einem durchschnittlichen Halt von circa 14 Ruthen, und jeder der Beklagten sei Besitzer eines Wohnhauses mit dazu gehörigem Erdreich auf dem Pasquart, welche Grundstücke sie mittelst Kaufes vom 18. März und 20. April mit Fertigung vom 7. Mai 1869 von Herrn Lehmann-Cunier, Uhrenfabrikant in Biel, erworben haben. Außer dem Haus und dem Erdreich sei von jedem der Beklagten das „Miteigenthumsrecht zum dritten Theil an dem „auf der Nordseite des Gebäudes neu angelegten Trottoirwege „erworben und sei derselbe als gemeinschaftlicher Zu- und Von- „gang in den angeführten Kaufverträgen bezeichnet worden." Das Trottoir der drei Häuser der Beklagten stehe auf dem Seitens der Kläger in Anspruch genommenen Fuhrenweg.

Die fünf Kläger und alle ihre Vorgänger hätten für ihre genannten Pasquartplätze bis jetzt kein anderes Zu- und Vongangsrecht besessen, als das hier in Frage liegende und vom sogenannten Stöckliweg über die frühern Pasquartplätze des Herrn Lehmann und das nunmehrige Eigenthum, Hausplatz und Trottoir der Beklagten führende, und es sei dieses Zu- und Vongangsrecht (Fuhrenrecht) schon seit mehr als fünfzig bis hundert Jahren von den heutigen Besitzern und jeweiligen Vorgängern, namentlich aber von den heutigen Prozeßgegnern in gleicher Weise gegenseitig anerkannt und benutzt worden. Alle innenwärts dem Stöckliweg gelegenen Pasquartplätze bis zum Graben westwärts, die keinen andern selbstständigen Zu- und Vongang haben, wie die hier in Frage liegenden, hätten überdieß von jeher das Recht gehabt, und bis auf den heutigen Tag ausgeübt, ungehindert über die auswärts gelegenen Pasquartplätze auf und ab ihrem Lande zu gehen und das Nothwendige auf und ab denselben zu tragen, um dasselbe kulturgemäß zu benutzen. Vor einigen Monaten hätten nun einer oder mehrere der Beklagten den Klägern den in Frage liegenden Zu- und Vongang durch Anbringung einer schließbaren Thüre auf der Grenze förmlich und vollständig abgeschlossen und, als dieser verschlossene Durchgang durch zwei der Kläger wieder geöffnet worden sei, habe der eine Beklagte, Krummenacher, beim Regierungsstatthalteramt eine Anzeige eingereicht, die dem Untersuchungsrichter überwiesen worden sei. Auf Verlangen der Angezeigten sei die Untersuchung einstweilen eingestellt und den Angeschuldigten eine später noch verlängerte Frist von drei Monaten bestimmt worden, um ihre Civilansprüche geltend zu

machen. Der Sühneversuch über die vorliegende Streitfrage sei fruchtlos abgelaufen.

In ihrer Hauptvertheidigung schlossen die Beklagten auf Abweisung des Rechtsbegehrens der Klage und brachten an:

Durch Kaufvertrag vom 21. April 1868 habe Herr Karl Lehmann-Cunier in Biel von Jakob Alioth, Polizeidiener daselbst, sieben aneinander grenzende Pasquartplätze gekauft, welche am 20. Nov. 1868 zugefertigt worden sein. Auf dieses Grundstück habe Herr Lehmann-Cunier drei aneinanderstoßende und eine Façade bildende Häuser gebaut, die er dann den heutigen Beklagten verkauft habe.

Das Verkaufsobjekt in jedem Kaufe sei folgendermaßen beschrieben: „Ein aus Stein und Holz erbautes, mit Ziegeln „gedecktes Wohnhaus nebst dem dabei liegenden ausgemarchten „Erdreich und dem Miteigenthumsrecht zum dritten Theil an „dem auf der Nordseite des Gebäudes neu angefertigten Trottoir-„wege, auf dem Pasquart im Stadtbezirke Biel."

Bei dem Abschlusse dieser Verträge seien die Käufer gegeneinander folgende vom Verkäufer vorgeschlagene Klausel in Betreff des Zu- und Vongangs zu ihren resp. Häusern eingegangen: „Da der vorbezeichnete Trottoirweg für die drei an Herrn „Grünig, Krummenacher und Iseli verkauften Besitzungen als „gemeinschaftlicher Zu- und Vongang dient, so verpflichten sich „dieselben zur gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Unterhaltung „desselben." Bestritten werde aber, daß bei Aufstellung dieser Klausel die Kläger mitgewirkt hätten.

Die Beklagten hätten aber auch noch andere Pflanzplätze erworben, welche an ihre von Herrn Lehmann-Cunier gekaufte Besitzung angrenzten.

Es werde des Bestimmtesten verneint, daß den Klägern eine Dienstbarkeit, wie die in Anspruch genommene, auf irgend einem der den Beklagten angehörenden Grundstücke zustehe. Speziell werde verneint, daß die Kläger einen gültigen Titel auf eine solche Servitut besitzen, sei es, daß dieser zu suchen sei:

a. in der Willenserklärung der Beklagten oder irgend eines Vorbesitzers der in Anspruch genommenen dienenden Sachen;

b. in einem Urtheile, das für die Beklagten bindend wäre;

c. im Gesetz oder

d. in der Verjährung.

Endlich werde verneint, daß je irgend eine Dienstbarkeit wie die von den Klägern in Anspruch genommene mit der Anzeige der dazu gehörigen Servitut denselben zugefertigt worden wäre, oder daß die dienenden Grundstücke den Beklagten oder

deren Vorbesitzern unter Vorbehalt dieser Servitut zugefertigt worden seien und auch in keinem Erwerbtitel der Vorbesitzer der Beklagten, so weit dieselben in die Grundbücher eingeschrieben worden, sei von einer solchen Servitut die Rede.

Gleich nachdem Herr Lehmann-Cunier im April 1858 von Jakob Alioth, Polizeidiener in Biel, die hievor bezeichneten Pasquartplätze gekauft habe, habe er die später den Beklagten verkauften Häuser profilirt und deßhalb nach Vorschrift des Gesetzes und des Baureglements der Stadt Biel, auf der dortigen Gemeindschreiberei einen Bauplan mit Baubeschreibung niedergelegt und das projektirte Bauvorhaben förmlich mit der Aufforderung publiziren lassen, allfällige Einsprachen innert den gesetzlichen Fristen der Amtsschreiberei Biel einzureichen. Nachdem der Gemeinderath von Biel durch seine Baukommission habe untersuchen lassen, ob dieser Bauplan gegen den vom Großen Rathe genehmigten Stadtplan von Biel oder das sanktionirte Baureglement oder gegen die allgemeinen Landesgesetze verstoße, habe er den aufgelegten Plan genehmigt und das Regierungsstatthalteramt Biel habe hierauf und auf den Umstand gestützt, daß Niemand gegen das Bauvorhaben Einspruch erhoben habe, die Baubewilligung ertheilt. Herr Lehmann-Cunier habe dann auch gemäß diesem Plan die in Rede stehenden Häuser gebaut.

In der Replik bringen die Kläger noch an:

Schon der Vorgänger des Herrn Lehmann-Cunier, Herr Jakob Alioth, habe das in Anspruch genommene Recht stets anerkannt und ungehindert ausüben lassen und derselbe habe diese Pasquartplätze mit allen Rechten und Beschwerden veräußert, wie er dieselben selbst besessen und benutzt gehabt habe. Auch die Beklagten nähmen für ihre Pasquartplätze gegenüber ihren Nachbarn gleiche Fuhrenrechte in Anspruch und übten dieselben wirklich aus wie ihre Vorgänger.

Der Titel zu dem in Anspruch genommenen Rechte als wirthschaftliches Gewohnheitsrecht und Ortsgebrauch liege sowohl in dem Gesetze als auch in den Bestimmungen über Verjährung.

Es werde verneint, daß das in Anspruch genommene Recht stets bestritten worden sei; dasselbe sei im Gegentheil durch Anlegung eines Trottoirs und Anbringung einer Treppe (einiger steinerner Fußtritte) gegen Westen ausdrücklich anerkannt und dessen Ausübung auch bedeutend erleichtert worden. An diese Stiege schließe sich auch die Fortsetzung dieses Fuhrenweges an und im Zaun sei eine Thüre angebracht.

Die Duplik enthielt nur Verneinungen.

Nach Ausfällung des Beweisentscheides nannten die Kläger neue Beweismittel und verlangten, daß auch diese zu den zum Beweis aufgegebenen Beweissätzen nachträglich zugelassen werden. Nach Beschwörung der Thatsache durch die Kläger, daß sie sich im Falle des § 169, Ziffer 2 P. befinden, wurden auch diese Beweismittel, bestehend in öffentlichen Urkunden und Zeugen zugelassen.

Hierauf fand die Beweisführung statt durch Vorlegung der als Beweismittel angerufenen Urkunden, durch richterlichen Augenschein in Verbindung mit Expertise und Abhörung der Zeugen, worauf das Amtsgericht von Biel unterm 3. Mai 1871 erstinstanzlich die Klagsbegehren zusprach. Gegen dieses Urtheil erklärten die Beklagten die Appellation.

Der Appellations- und Kassationshof bestätigte jedoch das erstinstanzliche Urtheil unter Annahme folgender Motive:

1) Daß konstatirtermaßen der ganze sog. Pasquart früher Eigenthum der Burgergemeinde Biel war, im Jahr 1771 derselbe in Pflanzplätze abgetheilt und unter die Burger zur Nutznießung vertheilt wurde, sodann im Jahr 1798 bei der Vertheilung des burgerlichen Vermögens nicht figurirte, sondern im Besitze der Nutznießer blieb, welche sich von da an, wie die Handänderungen, Fertigungen u. s. w. beweisen, als Eigenthümer betrachteten und als solche angesehen wurden;

2) daß die gegenwärtigen Besitzer von Pasquartplätzen (insbesondere die Kläger) und ihre Vorbesitzer, soweit Titel reichen, als Eigenthümer der betreffenden Plätze anerkannt werden und als ursprünglicher Titel zum daherigen Eigenthumserwerb die Willenserklärung der Burgergemeinde Biel im Jahr 1798 zu betrachten ist, deren Vorhandensein sich aus der ganzen historischen Entwicklung dieser Sache ergiebt (siehe insbesondere Dr. Blösch, Geschichte der Stadt Biel, Plan über die Vertheilung des Pasquart von Geometer Fisch und von Geometer Kuhlmann Anno 1813 rektifizirt, das Reglement über die Herstellung der Burgerrechte vom 29. April 1816, die Zeugenaussagen im vorliegenden Prozeß);

3) daß unbestrittenermaßen die Anlage der sog. Fuhrenwege von Anfang der Vertheilung an datirt, und bewiesen ist, daß:

a. dieselben von den Besitzern der Pasquartplätze benutzt worden sind, wobei naturgemäß der kürzeste und deßhalb auch bequemste Weg benutzt wurde;

b. die Kläger und ihre Rechtsvorfahren stets den von ihnen beanspruchten Fuhrenweg vom Stöckliweg bis auf ihre Pflanzplätze als nächsten und bequemsten Weg benutzt haben;

4) daß die Benutzung der Pasquartplätze ohne diese Fuhrenwegrechte unmöglich wäre;

5) daß daher die Fuhrenwegrechte als nothwendige Zugehör der Pflanzplätze anzusehen sind;

6) daß somit auch die Eigenthumsrechte an den Pflanzplätzen und die Fuhrenwegrechte mit einander entstanden sein müssen, und, wenn erstere anerkannt werden müssen, auch letztere anzuerkennen sind;

7) daß endlich, wenn infolge Zusammenkaufen von Parzellen, Bauten u. s. w. an einzelnen Stellen die Fuhrenwege eingegangen sind und sich die dabei interessirten Plätzebesitzer es gefallen ließen, dieses da nicht maßgebend sein kann, wo die Berechtigten auf ihrem Rechte beharren.

8) Gerichtsstand zu Anbringung der Klage auf Anerkennung des Erbrechts, wenn die Erblasserin eine im Kanton Bern bevogtete, aber auswärts wohnende Bernerin ist. Rechtsversicherung des Hauptintervenienten.

Bezirksämter Arlesheim gegen Christoph und J. J. Keller.

(April 1872.)

In einer vom 8. Juli 1871 datirten, gegen die Vormundschaftsbehörde von Duggingen gerichteten Klage stellten die Kläger Christoph und J. J. Keller die Rechtsbegehren:

Es sei zu erkennen:

1) Die Beklagte sei schuldig, die Kläger als die gesetzlichen Erben der im Jahr 1868 verstorbenen Elisabetha geb. Keller, gewesene Ehefrau des landesabwesenden Johannes Meilin von Duggingen, anzuerkennen und deßhalb die Verlassenschaft der genannten Keller, soweit solche unter den Händen und der Verwaltung der Beklagten liegt, gegen Abzug billig erfundener Verwaltungskosten herauszugeben.

2) Die Beklagte sei schuldig, dem Kläger deßhalb Schadensersatz zu leisten, daß sie dem unterm 24. Dezember 1870 an sie, Beklagte, gestellten rechtlichen Auslieferungsbegehren nicht Folge geleistet habe.

Beides unter Kostenfolge.

Beim Termine vom 29. Juli 1871 gab der Präsident der beklagten Vormundschaftsbehörde die Erklärung ab:

„Daß Angesichts der Thatsache, daß eine Hauptintervention „in diesem Prozesse stattfinden werde und die Vormundschafts-„behörde Duggingen an sich, an dem sich erhebenden Rechtsstreite „kein Interesse habe, sondern gewillt sei, dem berechtigten Erben „das streitige Erbe herauszugeben — die Beklagte demnach auf „der Fortführung des gegenwärtigen Prozesses nicht beharre und „dieselbe der bevorstehenden Hauptintervention überlasse und „somit in dieser Sache den Abstand erkläre."

Beim nämlichen Termine erschien vor Richteramt Laufen Herr Fürsprecher Feigenwinter, Namens der Kreditorschaft des Johannes Meilin-Keller zu Duggingen, vertreten durch die Aemter des Bezirks Arlesheim, als Massaliquidation, und erklärte, daß er in dem gegenwärtigen Rechtsstreit als Hauptintervenient auftrete.

Durch Wissenlassung vom 20. September 1871 erklären nun dieselben, als Vertreter der Konkursmasse von Johannes Meilin, derzeit in Amerika, gemäß § 39 P., ihre Hauptintervention und erhoben gleichzeitig folgende Zwischengesuche:

1) Die Kläger seien zu einer angemessenen Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten anzuhalten;

2) der angerufene Richter des Kantons Bern sei zu Beurtheilung der vorliegenden Rechtssache inkompetent.

Zu ihrer Begründung wurde angebracht:

Die in der Klage genannte Elisabeth Meilin geb. Keller habe am 27. Dezember 1855 mit ihrem Ehemann Johannes Meilin eine Eheabrede errichtet, welche unter Anderm folgende Bestimmungen enthalte:

„Sollte diese Ehe nicht mit Kindern gesegnet werden, so „soll das sämmtliche Vermögen ohne Ausnahme, welches beim „Tod des zuerst sterbenden Ehegenossen vorhanden sein wird, „der überlebenden Ehehälfte zufallen und gebühren."

Die Ehefrau Elisabeth Meilin sei am 19. November 1868 in der Neuenwelt, Bezirks Arlesheim, Kantons Baselland, gestorben. Der Ehemann Johann Meilin sei im Jahr 1856 in Rheinach in's Falliment gerathen und in seine Rechte seien dessen verlustige Kreditoren eingetreten, welche nach den Gesetzen des Kantons Baselland durch die Aemter des Bezirks, in concreto durch diejenigen des Bezirks Arlesheim, repräsentirt würden.

Die Kläger haben im Kanton Bern keinen Wohnsitz, und es handle sich um eine Erbschaftsstreitigkeit, welche durch den Richter des Wohnsitzes des Erblassers zu beurtheilen sei. Der Wohnsitz der Erblasserin Elisabeth Meilin sei zur Zeit ihrer Ehe und ihres Todes der Gerichtsbezirk Arlesheim gewesen.

In ihrer Gegenvorkehr erhoben die Kläger eine Beweiseinrede, darauf gestützt, daß die Erblasserin Elisabeth Keller vor und zur Zeit ihrer Eheberedung in der Person des Herrn Notars Bernoulli in Basel bevogtet gewesen sei, welcher seine Einwilligung zum fraglichen Vertrage nicht nur nicht ertheilt, sondern ausdrücklich verweigert habe.

Die Kläger beantragten im Fernern, die intervenirenden Aemter seien mit ihrem Rechtsversicherungsbegehren abzuweisen, weil zwar die Gebrüder Keller gegenüber der sich unterziehenden Vormundschaftsbehörde von Duggingen allerdings als Kläger aufgetreten seien, dagegen den Hauptintervenienten gegenüber als wahre Beklagte erschienen, so daß die Voraussetzung des § 51, litt. b P., wonach der Beklagte zur Rechtsversicherung angehalten werden könne, nicht vorhanden sei; der Antrag des Intervenienten überhaupt als verspätet erscheine, weil er am letzten Termin hätte gestellt werden sollen.

Endlich beantragten die Kläger, die Intervenienten seien mit ihrer Gerichtsstandseinrede abzuweisen, weil der Vermögenskomplex, dessen Auslieferung verlangt werde, im Kanton Bern liege, die Klage somit als eine dingliche erscheine und somit vor den Richter der gelegenen Sache gehöre. Es werde bestritten, daß der Wohnsitz der Erblasserin zur Zeit ihrer Verehelichung der Gerichtsbezirk Arlesheim gewesen sei.

Seitens der intervenirenden Aemter von Arlesheim wurde auf Abweisung der Beweiseinrede geschlossen und bestritten, daß die Elisabeth Keller verehelichte Meilin in Basel bevogtet gewesen sei; die bezügliche Notiz in der Eheabrede vom 26. Dezember 1855 beruhe auf einem Irrthum.

Beim Termin vom 14. Oktober 1871 erklärten die Gebrüder Keller ihre Behauptung, die Elisabeth Keller sei von den baslerischen Behörden bevogtet worden, sei irrig, dagegen sei allerdings diese Bevogtung durch die kompetente Behörde der Heimatgemeinde Wald erfolgt.

Durch Urtheil vom nämlichen Tage sprach der Gerichtspräsident von Laufen

1) den intervenirenden Aemtern des Bezirks Arlesheim ihr Rechtsversicherungsbegehren zu, wies sie dagegen

2) mit ihrer Gerichtsstandseinrede ab.

Gegen dieses Urtheil erklärten die Aemter von Arlesheim die Appellation in Bezug auf den Entscheid über die Inkompetenzeinrede, und die Brüder Keller in Betreff des Entscheides über das Rechtsversicherungsbegehren.

Die obere Instanz bestätigte das Urtheil in beiden Richtungen unter Annahme folgender Motive:

1) Betreffend die Gerichtsstandseinrede:

1) Daß zwischen Parteien streitig ist, ob die Gerichte von Baselland oder Bern über die vorliegende Erbschaftsklage zu entscheiden haben;

2) daß diese Frage nach jurassischem Recht resp. nach den Bestimmungen des bernischen Civilprozeßgesetzbuches zu entscheiden ist, indem die bernischen Gerichte nur in Ausnahmsfällen auf fremde Rechtsquellen verwiesen sind (§ 296 P.) und hier ein solcher Fall nicht vorliegt, da das Konkordat vom 15. Juli 1822, da der Stand Basel demselben nicht beigetreten, außer Betracht fällt;

3) daß nun Streitigkeiten in Betreff unvertheilter Erbschaften vor den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Erblassers gehören (§ 15 P.);

4) daß der rechtliche Wohnsitz der Erblasserin zur Zeit ihres Todes in Duggingen, Kantons Bern war, indem:

a. dieselbe bei ihrem Absterben unter Vormundschaft eines ihr von der Vormundschaftsbehörde von Duggingen gesetzten Vogtes stund, welcher in Duggingen wohnte;

b. bevormundete Personen den Wohnsitz ihres natürlichen oder geordneten Vormundes haben (Art. 108 C. C. fr. 11 Pr.);

5) daß übrigens das Vermögen, dessen Auslieferung nach dem Klagsbegehren verlangt wird, im Kanton Bern liegt;

6) daß somit der Gerichtsstand der gelegenen Sache im Kanton Bern, beziehungsweise in Laufen ist und die Klage nach § 14 P. vor diesem Gerichte anzubringen ist;

2) Betreffend das Rechtsversicherungsbegehren.

1) Daß die Gebrüder Keller im Prozesse als Kläger aufgetreten sind und im Kanton Bern keinen Wohnsitz haben (§ 51, litt. a P.);

2) daß die Einmischung der Bezirksämter Arlesheim in das Verfahren ihre Stellung nicht verändert hat, indem:

a. diese Intervention dem Wesen nach mehr den Charakter einer Vertretung als denjenigen einer Intervention enthält;

b. der Hauptprozeß dadurch suspendirt worden, aber nicht dahingefallen ist;

c. die Bezirksämter Arlesheim daher in die prozedürlichen Rechte der beklagten Partei eingetreten sind.

JURA BERNOIS.

9) Chapelle sur terrain d'autrui. — Droit de superficie.

La construction sur terrain d'autrui, faite du consentement du propriétaire, n'est pas une accession immobilière, mais peut être envisagée comme constituant un droit de superficie.

Arrêt du 13 Avril 1872. — Théodore Friche contre Catherine Dominé.

En 1862 le Sr Théodore Friche devint acquéreur d'un verger situé à Recolaine. Peu de temps après cette acquisition, Cathérine Dominé, tante par alliance de Friche, fit construire une chapelle sur ce verger. Les choses restèrent en cet état jusqu'en Mai 1871, époque où le Sr Friche signifia à Catherine Dominé d'avoir à enlever cette chapelle et à lui payer des dommages-intérêts pour indue occupation du terrain lui appartenant. La partie requise n'ayant pas obtempéré à cette sommation, Friche intenta son action au civil et conclut: 1. à l'enlèvement de la dite chapelle et 2. à des dommages-intérêts résultant du fait qu'il avait été privé de la jouissance de son fonds. Il basait principalement ses conclusions sur son droit de propriétaire du verger et sur les conséquences du droit d'accession immobilière tel qu'il est déterminé aux art. 554 et suiv. C. C. fr.

La défenderesse par contre prétendit qu'elle avait construit la chapelle non seulement au vu et su du propriétaire du verger, mais encore du consentement formel de celui-ci, et pour prouver cette espèce de convention, elle allégua divers faits constatant que le demandeur avait été d'accord pour obtenir le permis de bâtisse; que le même demandeur avait fait les demarches pour le bois de construction, qu'il avait conduit sur place les matériaux nécessaires, qu'il avait travaillé avec les ouvriers, fourni à ceux-ci la pension dans sa propre auberge et que pendant 8 ans environ le demandeur ou les siens étaient chargés de l'entretien et de la garde de la chapelle dont ils avaient la clef.

Lors des preuves le demandeur, dans sa déposition sermentale, reconnut que la défenderesse lui avait demandé la permission de construire une chapelle sur le verger en question; il ajouta qu'elle lui avait promis de l'indemniser pour cette bâtisse, mais qu'elle ne l'avait jamais fait. D'un autre côté la plupart des allégués de la défense furent établis au procès.

Le tribunal de première instance débouta Friche du premier chef de ses conclusions et lui adjugea des dommages-intérêts en principe. Ce jugement, frappé d'appel, fut confirmé le 13 Avril 1869, sauf en ce qui concerne le point de l'indemnité: celle-ci fut réservée.

Voici les motifs de cet arrêt:

Considérant:

1. Que si le serment prêté établit que la chapelle dont mention en la demande a été construite sur le terrain du demandeur, les dispositions de l'art. 555 C. Civ., invoquées par celui-ci, sont inapplicables au cas particulier, puisqu'il ne s'agit pas d'une accession immobilière dans le sens dudit article;

2. Que la construction s'est faite en vertu du droit de superficie concédé à la défenderesse;

3. Que le droit de superficie, démembrement de la propriété, peut, de même que la propriété, s'acquérir par simple convention;

4. Que l'existence d'une convention entre parties n'est nullement douteuse; — que Friche reconnaît qu'avant d'entreprendre les travaux, la défenderesse lui a demandé l'autorisation de bâtir; — que d'autre part le consentement de Friche ressort d'un concours d'indices formant preuve complète, notamment du fait qu'il ne s'est pas opposé à la délivrance du permis de bâtisse, de sa participation aux travaux de la chapelle et du défaut de réclamation pendant neuf ans;

5. Que ce consentement a eu pour effet d'investir la défenderesse d'un droit définitif, d'autant moins contestable que par sa nature même la construction opérée ne rentre évidemment pas dans la catégorie des actes de pure tolérance;

6. Qu'en conférant ce droit, le demandeur ne l'a point subordonné au paiement de l'indemnité promise; — que la concession subsiste dès lors et ne peut être révoquée, bien que l'indemnité soit encore due;

7. Que les deux chefs de la demande sont connexes; — qu'ainsi le rejet du premier doit par voie de conséquence entraîner le rejet du deuxième;

8. Que toutefois Friche conserve le droit d'agir, ainsi qu'il le jugera convenable, pour la récupération de l'indemnité dont Catherine Dominé est tenue envers lui aux termes du procès-verbal d'assermentation du 31 Octobre 1871;

P. C. M.

La Cour déboute Friche des deux chefs de ses conclusions.



10) Restitution de défaut. — Non recevabilité.

La demande en relevé du défaut n'est pas recevable en tout état de cause dans le cours d'une procédure.

Arrêt du 19 Avril 1872. — Pierre Joseph Jolidon et consorts contre Constant Cattin et consorts.

Dans une instance au principal où Jolidon et consorts réclament à Cattin et consorts la reconnaissance d'un droit de servitude de prise et de conduite d'eau, la procédure a été instruite jusqu'à l'apport des preuves. Un rapport d'experts du 12 Mai 1871 fut communiqué aux parties séance tenante, et le Juge fixa à ces dernières le délai légal pour présenter leurs questions explicatives. Jolidon et consorts n'utilisèrent pas ce délai. A l'audience du 28 Juin 1871, les défendeurs Cattin produisirent la réponse des experts à une question explicative, sur quoi l'avocat des demandeurs requit un nouveau délai pour poser aussi une question explicative touchant celle des défendeurs. Après débats sur cet incident, le Juge rejeta la demande de terme et prononça la clôture de la procédure. Ce prononcé fut frappé d'appel et de pourvoi en cassation; mais par son arrêt du 26 Avril 1871, la Cour clôtura d'office le for d'appel et rejeta la plainte. — La cause reparut seulement à l'audience du 6 Décembre 1871, où l'avocat des Jolidon et consorts prit des conclusions tendantes à se faire restituer des suites de sa négligence pour n'avoir pas profité à temps du délai légal fixé par le Juge déjà en Mai 1871.

Les défendeurs Cattin conclurent péremptoirement à la non recevabilité de cette demande en restitution, alléguant qu'aux termes de l'art. 97 C. pr. civ. une pareille demande n'est pas admissible. Le Juge de première instance adjugea les conclusions péremptoires, et ce jugement fut confirmé en appel, le 19 Avril 1872, par l'admission des motifs suivants:

Considérant:

1. Qu'il ressort des actes du procès que les demandeurs Jolidon avaient connaissance de la prétendue négligence de leur fondé de pouvoirs plus de quatorze jours avant la date de leur citation en restitution de défaut;
2. Que la procédure a été déclarée close le 28 Juin 1871;
3. Que les demandeurs en incident ne se sont pas conformés aux prescriptions de l'art. 97 C. pr. civ., et que partant leurs conclusions sont tardives et non recevables;

P. C. M.

La Cour déboute les demandeurs en restitution sans avoir égard au bien ou mal fondé originaire de leur demande.

Note. Nous publierons dans le prochain numéro l'*Aperçu* en langue française des arrêts rendus pendant les mois de Mars et suivants.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift
des
Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 5.

November 1872.

Ueber die Judenehen.

Ein Gutachten.

Das bernische Civilgesetzbuch kennt und ordnet nur die christliche Ehe zwischen Personen gleicher oder verschiedener Confession. Die Ehe von Juden findet daher in dem Gesetz keine Berücksichtigung. Es mag dieser Umstand seine Erklärung darin finden, daß zur Zeit seiner Abfassung es im Kanton Bern an naturalisirten Juden überhaupt fehlte. Die meisten hier angesessenen Juden waren französische Staatsbürger, für welche die französische Gesandtschaft die Stelle der Mairie vertrat, wo sie sich unter Beobachtung französischer Formen civiliter trauen lassen konnten. In neuerer Zeit hat sich dieses Verhältniß wesentlich geändert, indem nach und nach im Laufe der Jahre die jüdischen Naturalisationen sich mehrten und endlich in Folge der Kriegsereignisse der Jahre 1870 und 1871 von einer sehr großen Anzahl von Elsäßerjuden als Sicherheitshafen gegen Germanisirung

und Militärdienst gesucht wurden. In Folge dessen hat sich die Zahl der bernischen Juden so erheblich gemehrt, daß der Gesetzgeber sich ernstlich mit ihren besonderen Verhältnissen zu befassen genöthigt ist.

Da unsere Gesetzgebung nur die christliche Ehe und die kirchliche Trauung kennt, so befinden sich diese Staatsbürger noch zur Stunde in der sonderbaren Lage, im Kanton selbst keine Ehe eingehen zu können, sondern sich außerhalb des Kantonsgebietes trauen und ihre Ehe nachträglich anerkennen lassen zu müssen. Die von der Regierung vorausgesetzte andere Alternative dagegen, Trauung durch einen Geistlichen einer der beiden Landeskirchen nach protestantischem oder katholischem Ritus, liegt nicht im Reiche der Möglichkeit, da eine Judenehe auf solche Weise nicht geschlossen werden kann. Um nun diesen Uebelständen abhelfen zu können, verlangt die Regierung ein Gutachten über folgende Punkte:

1) Ist eine authentische Interpretation der Satz. 51 und 58 C. in dem Sinne zuläßig und möglich, daß Verkündung und Trauung von Juden in einem jüdischen Gotteshause (Synagoge) und durch einen jüdischen Geistlichen (Rabbiner) die Wirkungen einer gültigen Ehe hervorbringen könnte?

2) Wenn nein: In welcher andern Weise könnte dem bezeichneten Uebelstande abgeholfen werden?

Für den Fall der Verneinung der ersteren Frage wünscht die Regierung im weiteren Untersuchung und Begutachtung der Frage, ob eine Partialrevision des Gesetzes unter den obwaltenden Umständen als angemessen erscheine?

Die nämliche Frage, welche sich gegenwärtig der Regierung aufdrängt, mußte auch in andern Ländern untersucht und durch die Gesetzgebung beantwortet werden. Wir werden daher diese Lösungen zu Rathe ziehen, so weit sie uns bekannt und zugänglich geworden sind.

Die Regierung geht von der Ansicht aus, daß am radikalsten durch Einführung der Civilehe könnte geholfen

werden. Allein gerade diese Lösung, so einfach sie erscheint, betrachten wir als eine ganz ungenügende.

Nach jüdischem Rechte nämlich ist die Trauung ein absolutes Erforderniß der Heirath,

> Ritualgesetze der Juden in Moses Mendelssohns gesammelten Schriften, Bd. 6, p. 51.
> Duschak, das mosaisch-talmudische Eherecht, p. 44.
> Bartels, Ehe und Verlöbniß, p. 254.

und es könnte daher die Civilehe die Trauung nicht ersetzen. Sie wäre wohl hinreichend zu Hervorbringung der bürgerlichen Wirkungen einer Ehe, nicht aber um ihr auch bei der jüdischen Gemeinde die Anerkennung als Judenehe zu verschaffen. Es müßte daher immerhin die religiöse Handlung nach jüdischem Ritus noch damit verbunden werden. So wurde z. B. in Preußen im Jahre 1847 für die Eheschließung der Juden und solcher Personen, die geduldeten Religionsgesellschaften angehören, oder aus ihrer Confession ausgetreten sind und sich noch keiner anderen angeschlossen haben, eine Civilform eingeführt. Allein neben derselben wird auch die religiöse Form vorgeschrieben, und eine Eintragung in die öffentlichen Register darf erst dann erfolgen, wenn von den Brautleuten nachgewiesen worden ist, daß und wenn die nach dem Gebrauch ihrer Religion erforderliche religiöse Handlung stattgefunden habe.

> Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts III, 498.

Ebenso wenig wie die Civilehe, bietet die authentische Interpretation ein hinreichendes Auskunftsmittel dar. Eine solche würde keine Auslegung des bestehenden Rechtes, sondern Einführung von neuem Rechte sein, mit der Erklärung, daß es angesehen werden solle, als sei dasselbe bereits in dem bisherigen Gesetze enthalten gewesen. Nun ist es aber kaum möglich, unter dem Sonntag der S. 51 C. den jüdischen Sabbath oder Festtag, und unter dem öffentlichen Gottesdienst auch den nicht öffentlichen jüdischen Gottesdienst zu

verstehen. Eben so wenig kann angenommen werden, die S. 58 C. habe von Anfang an unter Kirche auch die Synagoge, und unter einem Geistlichen unseres Landes oder einem Pfarrer — S. 59 C. — einen Rabbiner oder jüdischen Religionslehrer verstanden oder verstehen wollen. Es hieße dieß geradezu dem ursprünglichen zweifellosen Sinn einen ganz neuen, unmöglichen beilegen. Allein es würde durch eine solche Auslegung die Lösung der Frage auch nicht wesentlich gefördert. Erzielt wäre nur, daß Juden sich in der Synagoge trauen und ihre Ehe auch dort verkündigen lassen können. Damit wären aber die Fragen nicht gelöst, ob die Verkündigung in der Synagoge auch für die Bürgergemeinde, welcher der Betreffende angehört, verbindlich sei, welcher Geistliche die Trauung vorzunehmen habe, ob nur der Rabbiner, und welcher, oder ob auch sein Bevollmächtigter, oder ein bloßer Religionslehrer; ob die jüdischen Trauungen in besondere jüdische Register, oder ob sie auch in die allgemeinen, von den Geistlichen geführten Civilstandsregister eingetragen werden sollen. Alle diese Punkte müßten noch überdieß, und trotz der authentischen Interpretation, durch ein besonderes Gesetz regulirt werden.

Eine bloße authentische Interpretation des bestehenden Gesetzes ist daher nicht nur unzuläßig, sondern auch ungenügend, und die Erlassung eines neuen Gesetzes oder einer Verordnung ist der einzige Weg, welcher eingeschlagen werden kann.

Ein solches Gesetz hätte nicht den Charakter eines abändernden, sondern denjenigen eines ergänzenden. Keine einzige Bestimmung des gegenwärtig bestehenden Gesetzbuches würde abgeändert, sondern nur eine Anzahl neuer hinzugefügt werden. Somit kann auch nicht von einer Partialrevision der Gesetzgebung gesprochen werden. Angesichts der Erneuerung des Civilgesetzbuches und seiner beabsichtigten Einführung für den ganzen Kanton möchte eine Partialrevision nicht ohne Grund Bedenken erregen, während die Einführung neuer, selbständiger Bestimmungen,

welche später ohne Schwierigkeit dem Gesetzbuche selbst einverleibt werden können, ganz unbedenklich ist.

Diese durch ein besonderes Gesetz aufzustellenden Bestimmungen müßten sich nun vornehmlich auf folgende drei Momente beziehen: die Verkündigung, die Trauung und die Scheidung, weil die daherigen jüdischen Vorschriften sowohl in formeller als materieller Beziehung von dem Rechte der modernen Gesetzgebungen abweichen.

Dem mosaischen Rechte ist die Verkündigung einer Ehe fremd und jedenfalls ist sie nicht obligatorisch; der christlichen Sitte aber entspricht es, daß der Ehe ein Aufgebot vorausgehe, theils um voreilige Ehen zu verhindern, theils um durch die Oeffentlichkeit und Bekanntmachung derselben den Abschluß ungültiger oder verbotener Ehe möglichst zu beschränken. Als gültige und gesetzliche Vorschrift wurde diese Sitte durch das lateranische Concil von 1215 eingeführt, und es bildet dieselbe noch jetzt die Grundlage des Rechts für alle Confessionen. In England wurde die Verkündigung in der Mitte des letzten Jahrhunderts durch Lord Hardwicke eingeführt. Auch für die Juden wurde sie durch die Gesetzgebung verschiedener Länder obligatorisch erklärt, namentlich in Oestreich, jedoch mit Modifikationen, welche dem mosaischen Religionsbekenntniß angemessen sind. Diese beziehen sich naturgemäß auf Ort und Zeit. Während bei christlichen Völkern die Sonntage zu Vornahme der Aufgebote bezeichnet werden, haben sie dagegen nach östreichischem Recht an den Sabbathen und jüdischen Feiertagen zu erfolgen, weil sich an diesen Tagen ein größerer Zusammenfluß der jüdischen Bevölkerung erwarten läßt. Als Ort der Verkündung wird entweder das Gemeindehaus bezeichnet, wenn dort überhaupt Verkündigungen stattfinden, oder die Synagoge, wo solche bestehen und die jüdischen Gemeinden als Korporationen anerkannt sind. Als die richtige Person endlich, welche die Verkündigung vorzunehmen hat, muß, wenn dieß nicht durch einen Gemeinde-

beamten geschieht, der Rabbiner oder sein Stellvertreter angesehen werden.

In Preußen und Hannover wird das Aufgebot durch Anschlagen an der Gerichtsstelle und an dem Rath- oder Gemeindehause oder an der Wohnung des Gemeindevorstehers während vierzehn Tagen vollzogen.

Förster, l. c. Bartels, Ehe und Verlöbniß, p. 233.

Nach der englischen Gesetzgebung endlich muß die beabsichtigte Heirath einem hiefür bezeichneten Beamten, superintendent registrar, mitgetheilt und von ihm in seinem Büreau zu Jedermanns Einsicht während 21 Tage angeschlagen werden.

19 and 20 Vict. c. 119 An act to amend the Provisions of the Marriage and Registration Acts. (29 July 1856.)

Chitty's Collection of Statutes III, 272.

Petersdorff, Concise and practical abridgement, V, 446.

Das bernische Recht enthielt bis jetzt keine Bestimmung betreffend die Aufgebote von Judenehen, und es fragt sich daher, ob solche wirklich nothwendig seien oder ob die bestehenden allgemeinen genügen.

Das Aufgebot bildet keinen Bestandtheil des jüdischen Ritus und ist überhaupt keine religiöse Handlung. Der Geistliche, welcher sie vornimmt und einschreibt, handelt nicht als solcher, sondern als Civilstandsbeamter des Staates oder der Gemeinde, welcher die Brautleute angehören. Auch die Register sind konfessionslos und es sind protestantische Ehen von katholischen Geistlichen und katholische Ehen von protestantischen Geistlichen einzutragen. Aus diesem Grunde der absoluten Confessionslosigkeit der Kirchenbücher hat denn auch die Regierung keinen Anstand genommen, in der Predigerordnung vom 20. September 1824 anzuordnen, daß die Ehen von Wiedertäufern in der Pfarrkirche der Burgergemeinden des Bräutigams und der Braut und in der Kirche

ihres Wohnortes verkündet werden sollen, und die Wiedertäufer selbst haben an dieser Bestimmung niemals Anstoß genommen. Wie nun in der englischen Gesetzgebung die Gesellschaft der Freunde (die Quäker) und die Juden stets zusammen genannt und ausnahmsweise behandelt werden, so können auch im Kanton Bern die Juden und die Wiedertäufer den nämlichen Vorschriften unterworfen werden. Der naturalisirte Jude ist Angehöriger einer Burgergemeinde, wie der Nichtjude, und sowohl sie als die Verwandten der Brautleute, namentlich die Eltern, haben vorkommenden Falls ein Einspruchsrecht und daher ein Interesse, von der beabsichtigten Heirath Kenntniß zu erhalten. Soweit es nun die Gemeinde anbelangt, so genügt eine Verkündigung in den Kirchen der Wohn- und Heimatorte der Brautleute vollkommen, und eine solche in der Synagoge hätte für sie keine Bedeutung. Sie dürfte daher vernünftigerweise nur vorgeschrieben werden, wenn sie entweder in dem jüdischen Ritus vorgeschrieben, oder wenigstens das nicht leicht zu ersetzende Mittel wäre, die beabsichtigte Heirath den Eltern und Verwandten der Brautleute zur Kenntniß zu bringen. Das erstere ist nun so wenig der Fall, daß die Verkündigung nach mosaisch-talmudischem Rechte überhaupt gar nicht erforderlich und jedenfalls nicht obligatorisch ist; das letztere kann ebensowenig als richtig zugestanden werden, weil die Eltern und Verwandten durch eine andere Art der Bekanntmachung ebenso gut die erforderliche Kenntniß erhalten können. Zudem stellen sich einer obligatorischen Verkündung in der Synagoge noch einige eigenthümliche Hindernisse entgegen. Die jüdischen Gemeinden sind bloße Cultusvereine, aber nicht als Corporationen anerkannt. Selbst das Bethaus gehört nicht einer Gemeinde, sondern einzelnen Privaten, ist der Besteuerung unterworfen und kann nicht auf den Namen einer Corporation in die Grundbücher eingetragen werden. Die Juden haben daher auch keine öffentlichen Bücher, in welche Verkündigungen, Heirathen und Geburten eingetragen werden könnten. Ja es existirt im

ganzen Kanton nicht einmal ein Rabbiner oder jüdischer Religionslehrer, sondern es müssen diese Beamten stets von Genf, Endingen oder St. Gallen herberufen werden. Dieses Verhältniß müßte vollständig und gründlich geändert werden, bevor an eine obligatorische Verkündung in einer Synagoge gedacht werden kann. Der jüdische Cultusverein müßte als Corporation anerkannt und organisirt sein, und zwar nicht nur in der Hauptstadt, sondern im ganzen Kanton, wo sich jüdische Gemeinden zu bilden im Stande sind. Es müßte ferner wenigstens ein Rabbiner fest angestellt und von der Regierung anerkannt sein, welchem die sämmtlichen religiösen Funktionen der Juden übertragen werden könnten. So lange dieß nicht der Fall ist, kann eine Verkündigung in dem jüdischen Bethause nur bedeutungslos sein, und glaubt sich daher der Staat mit der öffentlichen Verkündigung in der Kirche nicht begnügen zu können, so kann durch Publikation im Amtsblatt jede nöthige oder wünschbare Oeffentlichkeit erzielt werden.

Der zweite Punkt, welcher bei Aufstellung gesetzlicher Bestimmungen über die Judenehen in Betracht gezogen werden muß, ist die Trauung, der Trauungsakt selbst. Wenn die Verkündigung der Ehe in der durch das Gesetz allgemein vorgeschriebenen Form für die Genossen des jüdischen Bekenntnisses nichts Verletzendes hat oder haben kann, so würde dagegen die Vorschrift, daß eine Judenehe nur durch einen protestantischen oder katholischen Geistlichen solle eingesegnet werden können, nicht nur verletzend erscheinen, sondern einem Heirathsverbote gleichkommen. Was von den Juden gesagt wird, gilt auch von denjenigen Religionsgemeinschaften, welche aus dem kirchlichen Verbande ausgeschieden sind, namentlich also von den Wiedertäufern. Auch ihnen kann nicht zugemuthet werden, daß sie sich einer kirchlichen Trauung unterziehen, und der Gesetzgeber hat daher die Einsegnung durch den Täuferlehrer zugegeben und anerkannt. Auch mit Bezug auf die Juden tragen daher alle neueren Gesetzgebungen der abweichenden religiösen Ueber-

zeugung Rechnung, theils indem sie die jüdische Ehe den jüdischen Vorschriften gemäß genau reguliren und ihre Gültigkeit von der Trauung durch einen Rabbiner oder ermächtigten Unterrabbiner abhängig machen, wie die östreichische Gesetzgebung und die norddeutsche Verordnung über die bürgerliche Eheschließung vom 29. September 1867, theils indem sie, wie die englische,

> Chitty, l. c. und Petersdorff l. c.
> Stephens Commentaries on the laws of England, II, 275.

sich ganz einfach dahin aussprechen, es können die Ehen von Quäkern und Juden nach den Gebräuchen dieser Religionsgemeinschaften abgeschlossen werden, insofern beide Parteien derselben angehören.

Auch in unserem Kantone muß daher eine ähnliche Bestimmung getroffen und die Schließung einer Ehe nach jüdischem Ritus ermöglicht werden, denn eine ohne Beobachtung desselben geschlossene Ehe würde von dem jüdischen Gesetze nicht als gültig anerkannt werden können. Hierüber und über den Ritus überhaupt berufen wir uns auf das Buch Duschak's, welches wir schon einmal Gelegenheit hatten anzuführen:

„Zum Ehebunde", sagt er p. 44 ff., „ist die Trauung wesentlich, oder die Handlung, durch welche sich das Brautpaar einander die Ehe auf das rechtskräftigste angelobt und versichert. Dieses kann auf zweierlei Art geschehen: a. Durch Geld; der Bräutigam gibt nämlich der Braut in Gegenwart zweier Zeugen ein Stück gemünztes Geld, das wenigstens eine Pernta (= $1^{1}/_{2}$ Pfenning) an Werth hat, oder eine Sache, welche zuverläßig so viel werth ist, und spricht die Worte: Hiedurch sollst du mir angetraut sein nach der Weise Mosis und Israels. b. Durch einen Brief. Der Mann schreibt mit Vorwissen der Frau und eigentlich für sie auf ein Blatt die vorhin angeführten Trauungsworte und gibt ihr solchen in Gegenwart zweier Zeugen in die Hand; sie aber nimmt

solches gutwillig in dieser Absicht von ihm an, und sie wird seine Frau, wenn auch der Brief keinen Werth hat. Zur Schließung der Ehe ist auch nothwendig, daß der Mann das Weib zu sich in seine Wohnung nehme, oder mit ihr eine Zusammenkunft halte. Sodann ist sie seine Frau. Die Trauung muß auch unter gewissen Feierlichkeiten geschehen. Es müssen derselben zwei Benedictionen vor und sieben Benedictionen nachfolgen, wobei eine Versammlung von zehn Personen erfordert wird. Die Erklärung braucht vor keinem Seelsorger, sondern nur vor Zeugen zu geschehen, welche alle zu einem gerichtsordnungsmäßigen Beweise erforderlichen Eigenschaften haben."

Aus dieser von einem Rabbiner herrührenden Darstellung ergibt sich deutlich, daß eine religiöse Handlung nothwendig ist, damit die Ehe nach jüdischem Rechte als solche anerkannt werden könne. Der bürgerlichen Gesetzgebung kann es nun nicht zukommen, die zu beobachtenden Formen und Ceremonien festzusetzen, sondern sie kann und muß dieß der jüdischen Gemeinde selbst überlassen. Was sie einzig thun kann, ist die Aufstellung einiger allgemeiner Hauptgrundsätze, deren Befolgung bindender Natur ist. Dahin gehören namentlich zwei Punkte, nämlich der Ort wo und die Person vor welcher die religiöse Handlung vor sich gehen soll. Wie nun bei christlichen Ehen die Kirche naturgemäß als der Ort bezeichnet wird, wo die religiöse Handlung vor sich gehen soll, so muß bei den Judenehen die Synagoge die Stelle derselben vertreten, weil nur sie die nöthige Garantie gegen Heimlichkeit der Trauung darbietet, Heimlichkeit aber nach talmudischem Recht ein Ehehinderniß ist. In einzelnen Ländern wird dieß nur als Regel aufgestellt und in besonderen Fällen Ausnahmen gestattet. Auch hier könnten ausnahmsweise durch die Regierung Bewilligungen ertheilt werden zu einer Trauung außerhalb der Synagoge, sofern am Orte, wo die Ehe eingesegnet werden soll, eine solche nicht besteht und die Verhältnisse auch eine Reise zu einer solchen nicht gestatten.

Mit Bezug auf die Person, vor welcher die Trauung vorzunehmen ist, so braucht dieß nach jüdischem Gesetz kein Seelsorger zu sein, sondern es genügt die Anwesenheit zweier klassischer Zeugen. Allein nicht nur würde ein solcher modus procedendi dem Staate keine genügende Garantie darbieten, sondern er widerspricht auch der jüdischen Praxis und dem jüdischen Ritus, dessen Beobachtung ohne die Mitwirkung eines sprachkundigen Rabbiners gegenwärtig kaum mehr möglich ist.

Die Ehe kann, wie oben erwähnt, mittelst Ueberreichung von Geld oder Brief erfolgen, allein nach dem talmudischen Gesetz und überhaupt seit der zweiten Zerstörung des Tempels ist es unerläßlich, daß gleichzeitig oder unmittelbar vor der Trauung der Heirathsantrag (Ketuba = scriptum) vom Bräutigam in Gegenwart zweier Zeugen gefertigt werde. Diese Formalität ist so wesentlich und so streng vorgeschrieben, daß die aus einer Ehe, welche ohne Fertigung der Ketuba abgeschlossen worden wäre, entstehenden Kinder als unehelich (Mamserîm) behandelt werden würden. Diese Ketuba nun muß in der Ursprache verfaßt sein — theils hebräisch, theils chaldäisch — und da nicht mehr alle jüdischen Glaubensgenossen im Stande sind, dieselbe zu verstehen, so muß sie bei der Trauung von dem Rabbiner vorgelesen werden. Nach jüdischer Anschauung ist daher mit Rücksicht auf das Vorlesen der Ketuba, wovon die Gültigkeit der Ehe abhängt, die Anwesenheit eines Rabbiners ein absolutes Erforderniß.

Die östreichische Gesetzgebung, § 127 ff. des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches schreibt daher diese Mitwirkung ausdrücklich vor. In Bern entbehrt der jüdische Cultusverein eines Rabbiners, und selbst ein Unterrabbiner ist nicht angestellt, sondern ein bloßer Vorbeter, welcher nur ein Patent besitzt zum Schlachten von Rindvieh und Geflügel, sowie zum Vorbeten und Vorlesen aus der Thora, daneben aber nicht befugt ist, andere religiöse Handlungen vorzunehmen. Ein solcher Beamter kann daher den Rabbiner nicht ersetzen, und es erscheint als nothwendig und

geboten, daß wenigstens ein solcher im Kanton angestellt und von der Regierung anerkannt werde. Bei der großen Anzahl naturalisirter Juden würde daher selbst ein angemessener Staatsbeitrag sich wohl rechtfertigen lassen.

Nach katholischem Kirchenrecht muß die Trauung vorgenommen werden von dem parochus proprius, d. h. von demjenigen Priester, in dessen Parochie die Verlobten ihr Domizil haben; daneben gelten auch der episcopus dioceseos und dessen universelle Stellvertreter als parochi proprii. Andere Geistliche dagegen sind zu Vornahme einer Trauung nicht kompetent, sondern können es nur werden durch Delegation, litteræ dimissoriales, und eine Ehe, welche ohne solche Stellvertretung von einem anderen Geistlichen geschlossen wird, ist absolut nichtig; das nämliche ist der Fall, wenn beide Brautleute ohne Wechsel oder Aufgabe des Domizils in fraudem legis an einem Orte die Ehe abschließen, wo das Concilium tridentinum keine Gültigkeit hat. Diese Bestimmungen sind dem protestantischen Kirchenrechte fremd, indem jeder ordinirte Geistliche zu Vornahme einer Trauung kompetent und berechtigt ist. Nach jüdischem Rechte ist der Ketuba wegen die Mitwirkung eines Rabbiners ebenfalls nothwendig, aber nicht die eines bestimmten, namentlich nicht diejenige des Rabbiners, zu dessen Synagoge der Bräutigam gehört. Demgemäß ist jede unter Mitwirkung eines Rabbiners abgeschlossene Judenehe als gültig und bürgerliche Folgen erzeugend anzuerkennen und in die Civilstandsregister einzutragen, sofern nur die Verkündigung in gesetzlich vorgeschriebener Weise stattgefunden hat. Wir können aber noch weiter gehen und wie die christliche, so auch die jüdische im Ausland geschlossene Ehe als gültig anerkennen, wenn die Verkündigung nachträglich einspruchslos erfolgt.

In ähnlicher Weise behandelt unsere Predigerordnung vom 20. September 1824 die Ehe der Wiedertäufer. Jedes Verlöbniß derselben ist in der Pfarrkirche der Burgergemeinden des Bräutigams und der Braut und in derjenigen des Wohnortes derselben zu verkünden, und der betreffende Geist-

liche hat einen Verkündschein auszustellen, worauf gestützt der Täuferlehrer berechtigt ist, die Copulation gültig vorzunehmen und einen Copulationsschein auszustellen. Dieser letztere ist von dem Regierungsstatthalter, in dessen Bezirk der Täuferlehrer wohnt, zu legalisiren, damit über dessen Eigenschaft keinerlei Zweifel entstehen können und sodann binnen einer Frist von vierzehn Tagen dem Pfarrer des Ortes zur Einschreibung und Uebersendung an die Burgergemeinde zuzustellen. Nach den nämlichen Grundsätzen würden auch die Juden behandelt werden; Verkündigung durch die Geistlichen der Burger- und Wohnsitzorte, in Verbindung mit öffentlicher Bekanntmachung, Trauung durch einen Rabbiner oder dessen Stellvertreter und Einschreibung durch den Führer der Civilstandsregister.

Die östreichische Gesetzgebung verlangt von den Juden die Führung eigener Trauungsbücher, und auch der bernische Gesetzgeber müßte die Einregistrirung der durch den Rabbiner vorgenommenen Trauungen der Regelmäßigkeit und der Controlle wegen verlangen. Allein diesen Registern könnte nicht der Charakter von Civilstandsregistern und Auszügen aus denselben nicht derjenige von öffentlichen Urkunden beigelegt werden, weil neben dem offiziell durch die Geistlichen geführten Civilstandsregister nicht noch andere mit gleicher Autorität geführt werden können.

Wir fassen daher unsere Ansicht dahin zusammen: Ehen von Juden sind von den Geistlichen der Burger- und Wohnsitzgemeinden der Brautleute in üblicher Weise zu verkündigen und in dem amtlichen Blatte bekannt zu machen. Dagegen sind sie von dem Rabbiner oder dessen Stellvertreter nach geleistetem Nachweis der stattgefundenen Verkündigung in der Synagoge zu trauen.

Endlich haben wir noch die Frage zu untersuchen, ob das jüdische Eherecht noch andere Modifikationen und Ergänzungen unserer Gesetzgebung erheische, oder ob man sich mit den vorgeschlagenen begnügen könne. Diese Frage bezieht sich auf die Ehehindernisse und die Ehescheidung.

1. Ehehindernisse.

Nach talmudischem Recht werden im wesentlichen folgende Ehehindernisse angenommen:

Raserei, Wahnsinn, Blödsinn und Minderjährigkeit. Mangel an Einwilligung wegen Zwang, Irrthum oder Betrug. Hieher gehört nicht nur der Irrthum in Betreff der Person, sondern auch Täuschung mit Bezug auf die verabredeten Bedingungen, Mangel an Zeugungskraft infolge Castration oder Krankheit, bestehende Ehe, Verwandtschaft, auch Ehe mit der Brudersfrau, wenn der Bruder Kinder von ihr hinterlassen hat, Ehebruch oder Umgangsverbot, Religionsverschiedenheit, Wiederverehelichung geschiedener Eheleute, wenn die Frau sich nach der Scheidung wieder verheirathet hatte.

Für eingehenderen Nachweis der Ehehindernisse nach jüdischem Recht verweisen wir auf das mehr angeführte Buch von Duschak. Die meisten der hier aufgezählten Ehehindernisse sind auch nach bernischem Rechte entweder wirkliche Ehehindernisse oder Scheidungsgründe, bestimmte oder unbestimmte, und wo eine wirkliche Verschiedenheit besteht, kann dem Staate wohl nicht zugemuthet werden, sie zu sanktioniren. Religionsverschiedenheit ist kein Ehehinderniß, obgleich Religionsänderung ein Scheidungsgrund sein kann, und der Staat kann unmöglich mit Bezug auf Judenehen gutheißen, was er mit Bezug auf alle anderen entschieden verwirft. Ebensowenig kann der Staat als solcher auf die sogenannten Aronidischen Ehehindernisse Rücksicht nehmen,

Duschak, p. 40.

oder auf das Verbot, wonach eine Frau, welcher bereits zwei Ehemänner ohne außerordentliche Zufälle gestorben sind, keine dritte Ehe eingehen kann.

Duschak, p. 38.

Dagegen ist es wohl der Beachtung werth, daß die Ehe mit der Brudersfrau als **Blutschande** gilt, wenn der verstorbene Bruder mit ihr Kinder erzeugt und hinter=

lassen hat. Wenn gleich daher nach unserer Gesetzgebung eine solche Ehe nicht verboten ist, so würde die Staatsbehörde doch nicht zu tadeln sein, wenn sie mit Rücksicht auf das bestimmte biblische Verbot die Ehe mit der Bruders-frau, die von ihrem verstorbenen Manne Kinder hat, nicht gestatten würde.

Im Uebrigen aber ist kein Grund vorhanden, in Betreff der Ehehindernisse andere und von den bestehenden Gesetzen abweichende Bestimmungen aufzustellen, und es würde genügen, wenn die Gerichte autorisirt würden, bei Beurtheilung von Ehehindernissen auf den Ritus der Juden Rücksicht zu nehmen. Insoweit daher derartige Ehehindernisse überhaupt in Berücksichtigung gezogen werden können, muß auch dem Rabbiner als dem Vertreter der jüdischen Gemeinde das Recht des Eheeinspruches eingeräumt werden.

2) Ehescheidung.

In dieser Beziehung haben wir folgende Hauptverschiedenheiten hervorzuheben:

a) Nach talmudischem Rechte ist eine Ehescheidung mit gegenseitiger Einwilligung und ohne weitere richterliche Einmischung möglich. Der Ehemann kann seine Frau mittelst des Scheidebriefes entlassen.

Das bernische Gesetz dagegen verbietet unbedingt und ausnahmlos eine solche Trennung einer unter öffentlicher Autorität geschlossenen Ehe, und es darf daher auch für die Juden keine Ausnahme gemacht werden. Das Verbot ist publici juris im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit erlassen und daher allgemein gültig und verbindlich. Es kann daher einzig die gerichtliche Trennung als maßgebend anerkannt werden, und es ist dieß um so unbedenklicher als dadurch kein religiöses Gefühl der Juden verletzt wird, und es an kirchlichen und vom Richter zu berücksichtigenden Scheidungsgründen nicht fehlt. Dabei ist es aber auch selbstverständlich, daß die Gerichte auch die in nachzuweisenden jüdischen Religionsgrundsätzen und Ritualgesetzen

begründeten Scheidungsursachen berücksichtigen sollen, und dieselben im Zweifel durch das Gutachten eines Rabbiners feststellen lassen können.

Nach der jüdischen Auffassung aber muß eine Scheidung durch den Rabbiner vorgenommen werden damit sie gültig sei. Eine gerichtliche Scheidung würde daher nicht genügen und nicht vollständig sein ohne nachfolgende Beobachtung der religiösen Ceremonien. „Die Ehe, sagt Duschak pag. 95, ist ein religiöses Institut, das im Namen und an der Hand der Religion gestiftet ward, ihre Auflösung kann wieder nicht ohne die Religion geschehen."

Die Scheidung muß daher durch einen Rabbiner vorgenommen werden in Gegenwart von wenigstens 10 Personen, außer dem Schriftführer und den zwei Zeugen, und auch der Scheidebrief wird von dem Rabbiner dem Manne eingehändigt, welcher ihn sodann der Frau auf die flache Hand wirft, sprechend: Hiemit bist du von mir getrennt und einem andern zum Weibe gestattet.

Nach dem Gesagten können jüdische Glaubensgenossen ihre Ehe erst dann als geschieden ansehen, wenn sie durch den Rabbiner geschieden ist und der Staat hat dieser religiösen Anschauung Rechnung zu tragen. Wie die jüdische Ehe, auch da wo die Civilehe eingeführt ist, erst dann in die Civilstandsregister eingetragen werden kann, wenn bescheinigt ist, daß die Trauung stattgefunden hat, so soll auch eine gerichtliche Trennung der Ehe erst dann eingetragen und den Parteien die Wiederverehelichung gestattet werden, wenn die Scheidungsceremonie auch von dem Rabbiner vorgenommen worden ist. Würde der Staat es dem Gewissen des Einzelnen überlassen wollen, ob er dieß thun wolle oder nicht, so könnten namentlich religiös gestimmte Gemüther durch die Weigerung des einen Theiles in unbilliger Weise gequält und geärgert werden. Diese Personen würden sich nicht als förmlich geschiedene ansehen und ihr religiöser Scrupel würde jeder Wiederverheirathung widerstreben. Soll daher solch' bösartige Chicane ver-

mieden werden, so ist der oben angedeutete Weg einzuschlagen.

b) Eine Scheidung von Tisch und Bett kennt das jüdische Recht nicht, vielmehr ist dieselbe nach der Versicherung Duschak's, pag. 82, den Ansichten der Israeliten über Zweck und Bestimmung der Ehe zuwider, ohne jedoch ihrem religiösen Gewissen zu nahe zu treten. Diese Meinungsäußerung Duschak's findet auch ihre Bestätigung in einer Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 15. November 1862, welches gestützt auf das Gutachten eines Rabbiners eine mehrjährige Trennung von Tisch und Bett aussprach.

Seuffert, Archiv VIII., No. 145.

Demgemäß kann dieses zweckmäßige Institut ohne Bedenken auch bei Juden zur Anwendung kommen, wie dieß auch bei andern Glaubensgenossen der Fall ist.

c) Endlich haben wir noch mit einigen Worten von der Leviratsehe und der Chalizza zu handeln.

Die Levirathsehe bestund darin, daß wenn ein Mann kinderlos, aber mit Hinterlassung einer Wittwe starb, so sollte der Bruder die hinterlassene Wittwe heirathen. Hatte derselbe aber Kinder oder Enkel hinterlassen, so wurde die Ehe des Bruders mit der Wittwe als Blutschande angesehen. Die Pflicht zur Eingehung der Leviratsehe lag von mehrern Brüdern des verstorbenen Ehemannes dem ältesten ob, und weigerte er sich dessen, so wurden die jüngern dazu aufgefordert. Wollte Keiner es thun, so konnte der älteste zur Vornahme der Chalizza gezwungen werden, das heißt er mußte unter Beobachtung gewisser Ceremonien dem Rabbiner erklären, daß er seine Schwägerin nicht heirathen wolle, wodurch die Wittwe das Recht erhielt, vor ihrem Schwager auszuspucken, und ihm einen eigens zu diesem Zweck construirten Schuh auszuziehen. Nur durch Vornahme dieser Chalizza erlangte die Schwägerin die Freiheit und die Möglichkeit, wieder eine zweite Ehe einzugehen. Im Laufe der Zeit und schon seit der Zer-

störung Jerusalems wurde durch das talmudische Recht die Pflicht der sogen. Bruderehe in ein Verbot derselben verwandelt. Es wurde dem Bruder untersagt, seine Schwägerin zu heirathen, allein die Chalizza blieb und ist noch zur Stunde in Uebung. Um jedoch sicher und gewiß zu sein, daß eintretenden Falls von Seiten der Brüder kein Anspruch auf Eingehung der Ehe mit der Wittwe erhoben werde, pflegt die Braut vor Eingehung die Brüder ihres Bräutigams durch Vertrag zu verpflichten, die Chalizza vornehmen zu lassen, wenn der Bruder ohne Hinterlassung von Kindern stürbe. Diesen Vertrag nennt man den Chalizza-Brief.

Die Verpflichtung, des Bruders Wittwe zu heirathen, besteht daher nicht mehr, ist vielmehr nach talmudischem Rechte geradezu verboten, die Vornahme der Chalizza dagegen geboten. Da nun die letztere eine bloße Ceremonie ist und schon auf dem Vertragswege erzwungen werden kann, so scheint es nicht nothwendig, daß der Staat sie noch unter seinen besondern Schutz nimmt, und eine allfällig widerstrebende Partei mit Gewalt zwingt, sich den Chalizzaschuh ausziehen zu lassen; er kann es den Parteien überlassen, das daher Uebliche und Nothwendige selbst vorzukehren, und sich gegen allfällige Beschränkungen ihrer Freiheit durch die geeigneten Mittel zu schützen.

Hiemit glauben wir die Hauptpunkte, deren Begutachtung uns übetragen worden ist, berührt und untersucht zu haben, und in Zusammenfassung des Gesagten beantworten wir daher schließlich die gestellten Fragen wie folgt:

1) Eine authentische Interpretation der S. 51 und 58 C. in dem Sinne, daß Verkündigung und Trauung von Judenehen in einem jüdischen Gotteshause — Synagoge — und durch einen jüdischen Geistlichen — Rabbiner — die Wirkungen einer gültigen Ehe hervorbringen könnten, ist unzulässig und unzureichend.

2) Die Einführung der bloßen Civilehe ohne nachfolgende religiöse Trauung ist unzureichend.

3) Es ist vom Großen Rathe eine Verordnung zu erlassen, worin folgende Grundsätze aufgestellt und anerkannt werden:

a) Die Verkündigungen jüdischer Ehen sind in der vom Gesetz vorgeschriebenen ordentlichen Weise durch die Geistlichen ihrer Wohn- und Heimathorte vorzunehmen und überdieß durch das Amtsblatt bekannt zu machen.

b) Gestützt auf den Verkündschein ist die Ehe durch einen Rabbiner oder dessen Stellvertreter in der Synagoge zu trauen und von ihm in ein Register einzutragen.

c) Der von dem Regierungsstatthalter des Trauungsortes legalisirte Copulationsschein ist dem Führer der Civilstandsregister zur Einschreibung zuzustellen.

d) Mit Bezug auf Ehehindernisse, Eheeinsprüche und Ehescheidungen kommen im Allgemeinen die Bestimmungen des Civilgesetzbuches zur Anwendung, wobei jedoch auf erwiesene jüdische Religionsgrundsätze und Ritualgesetze gebührend Rücksicht zu nehmen ist.

Bern, den 15. November 1872.

Prof. K. G. König.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Mai 1872.

1) Klage auf Anerkennung der Mitunterhaltungspflicht einer Mauer, wodurch die Rebe der beklagten Partei angeblich gestützt wird.

J. Schwab gegen Anna Schwab.

(3. Mai 1872.)

Der Kläger, Jakob Schwab zu Siselen, besitzt an dem sog. Brunnweg eine Rebe, welche durch eine 7—8' hohe Mauer gestützt wird und deren Wegnahme nach seiner Ansicht nicht nur seine eigene, sondern alle oberhalb befindlichen Reben gefährden könnte. Von den letzteren befindet sich gegenwärtig eine im Eigenthum der Beklagten.

Um dieser Gefahr vorzubeugen, schlossen im Jahr 1771 die damaligen Rebbesitzer einen Vertrag, in welchem sie sich über den Antheil, den jeder von ihnen am Unterhalt der fraglichen Mauer leisten sollte, verständigten; dem Rechtsvorgänger der heutigen Beklagten fielen die Unterhaltungskosten für 19' zu. Als nun im Jahr 1805 die Stützmauer reparirt wurde, leisteten sämmtliche Rebbesitzer ihren Kostenantheil; für die im Jahr 1852 vorgenommene Reparatur dagegen bezahlte weder der Vater der Beklagten, noch im Jahr 1869 die Beklagte selbst den auf sie fallenden Theil der Kosten, weßhalb der Kläger, Jakob Schwab, dieselben ganz übernahm.

Er betrieb nun die Beklagte, allein sie schlug Recht dar, weil ihr keine derartige Last auf ihrem Grundstück angezeigt sei.

In seiner Klage stellte nun der Kläger folgende Rechtsbegehren:

1) Die Beklagte solle verurtheilt werden, ihre Verpflichtung anzuerkennen, als Eigenthümerin ihrer sog. Mauerrebe die Kosten des Unterhalts der fraglichen Mauer tragen zu helfen, unter Kostenfolge;

2) Sie solle verurtheilt werden, auch das Beitragsverhältniß zum Unterhalt der fraglichen Mauer, wie es Anno 1771 festgesetzt wurde, anzuerkennen, unter Kostenfolge;

3) Die Beklagte solle verurtheilt werden, dem Kläger die gehabten Auslagen nebst Folgen zu ersetzen.

In ihrer Hauptvertheidigung brachte die Beklagte eine prozeßhindernde Einrede an und schloß eventuell auf Abweisung der Klagsbegehren, damit das Widerklagsbegehren verbindend, das ihr angehörende Grundstück (Rebe) sei als von der vom Kläger behaupteten dinglichen Verpflichtung zur Unterhaltung der Mauer frei anzuerkennen.

Zur Begründung brachte sie an, daß in dem Handänderungsakt, welcher dem Zeitpunkt, an dem die eingeklagte Last auf die Mauerrebe errichtet worden sein soll, keine Anzeige enthalten sei, daß jene Last auf der Rebe hafte, noch daß eine solche Last dem Käufer übertragen worden sei. Somit habe sich der Erwerber der Rebe im titulirten Besitz der Freiheit des Grundstücks befunden, welches er denn auch ihrem Vater geschenkt habe, ohne auf ihn diese Verbindlichkeit zu übertragen; überhaupt geschehe von dieser Last in keinem Grundbuch Erwähnung. Sie bestreite demnach auch, daß die gegen sie als Eigenthümerin der fraglichen Rebe eingeklagte Leistung von Beiträgen seit der ersten Handänderung Anno 1799 je auf rechtsgültige Weise anerkannt wor-

den, oder falls eine solche Verpflichtung existire, daß dieselbe dinglicher Natur sei.

In einläßlicher Begründung brachte sie an, daß sich zwischen der fraglichen Mauer und ihrer Rebe noch sechs andere Reben befinden, so daß dieselbe sich weder als mittelbare, noch als unmittelbare Stütze für ihr Grundstück darstelle und daher für sie von durchaus keinem Interesse sei. Zudem sei auf der andern Seite des Brunnenwegs eine Mauer von derselben Höhe, welche auch nicht durch sämmtliche dahinterliegenden Grundstücke, sondern einzig durch den Eigenthümer des zunächst anstoßenden unterhalten werde.

In der Replik schloß der Kläger auf Abweisung der prozeßhindernden Einrede und verneinte namentlich die Behauptung der Anna Schwab, daß die fragliche Verpflichtung nicht dinglicher Natur sei.

Nach Beendigung des Beweisverfahrens fällte das Amtsgericht von Erlach sein Urtheil und sprach der Anna Schwab ihren Uneinläßlichkeitsschluß zu.

Der Appellations- und Cassationshof dagegen wies die Beklagte mit ihrer prozeßhindernden Einrede ab,

in Betrachtung:

1) daß die von Jakob Schwab eingeklagte Verbindlichkeit als eine dem jeweiligen Besitzer der sog. Mauerrebe der Beklagten obliegende Pflicht, resp. als ein dingliches Recht in Anspruch genommen wird;

2) daß weder behauptet noch nachgewiesen wurde, daß diese Verbindlichkeit je von den Vorbesitzern der Beklagten oder von der letztern selbst bis zu ihrem Rechtsdarschlag Anno 1869 bestritten worden sei;

3) daß aber dingliche Rechte durch die Unterlassung der Ausübung derselben von Seite des Berechtigten nicht verloren gehen, es sei denn, daß ein Anderer sich in den Besitz derselben setzt, oder den Ersteren an der Ausübung seiner Berechtigung verhindert, resp. die Leistung, um die es sich handelt, verweigert (Satzung 1031, 374—376 C.), welcher Fall nach dem Vorhergehenden hier nicht vorliegt;

4) daß ebensowenig der Fall einer Verzichtleistung von Seite des Berechtigten (Satz. 376 C.) vorliegt, zumal die Unterlassung der Ausübung des dinglichen Rechts (Nichteinforderung der Leistung) nach der citirten Satzung 1031 nicht als Verzichtleistung ausgelegt werden kann;

5) daß auch unter der Herrschaft der Gerichtssatzung von 1761 die nämlichen Grundsätze galten;

6) daß somit im vorliegenden Fall weder von einem Freiheitserwerb durch Verjährung, noch von einer Ersitzung des Rechts gesprochen werden kann.

Betreffend die Hauptsache, wurden die Klagsbegehren abgewiesen und der Beklagten Anna Schwab das Rechtsbegehren ihrer Widerklage zugesprochen; der Kläger aber ihr gegenüber zu Bezahlung des ausgelegten Geldes verurtheilt.

Motive: 1) Daß mit Rücksicht auf die prozedürlichen Aussagen des Jakob Schwab als Eidesdelat die Klagsbehauptung, daß Anna Schwab die Rechtsnachfolgerin einer der im Verzeichniß von 1771 unterzeichneten Personen sei, als erwahrt anzusehen ist;

2) daß aber das Verzeichniß von 1771 bloß beweist, daß die Unterzeichner desselben sich damals dahin verständigten, die Kosten der Erstellung oder des Unterhalts der Mauer gemeinschaftlich, nach Verhältniß der Größe der betreffenden Reben zu bezahlen; nicht aber, daß dieses für alle Zukunft und in dinglicher Weise festgestellt sein solle;

3) daß im Ferneren durch das Expertenbefinden konstatirt ist, daß die Rebe der Beklagten weder unmittelbar noch mittelbar durch die fragliche Mauer gestützt wird und die Beklagte deßhalb an letzterer kein Interesse hat;

4) daß daher die Beklagte auch nicht aus diesem Grunde zu den fraglichen Beiträgen angehalten werden kann, abgesehen davon, daß eine allgemeine Pflicht des betheiligten Grundeigenthums zur Unterhaltung solcher Bauten gesetzlich nicht besteht.

2) Wegen Versäumniß eines peremptorischen Termines wird die Vertheidigung als versäumt erklärt.

Monnerat und Mithafte gegen Haldi.

(30. Mai 1872.)

Am 7. November 1871 erschienen vor Richteramt Saanen die Herren Monnerat und Mithafte als Kläger und Herr Haldi als Beklagter.

Nachdem die am 14. und 20. Oktober an Herrn Haldi erlassene Klage verurkundet und von den Klägern die verlangte Rechtsversicherung geleistet worden war, bestimmte der Richter Termin zu Einreichung der Antwort auf 28. November 1871. Auf Begehren des Beklagten wurde dieser Termin auf den 12. Dezember verschoben und an letzterem Tag auf Verlangen

des Nämlichen eine neue Verschiebung auf den 16. Dezember bewilligt, mit dem Beifügen jedoch, daß dieser Termin ein peremptorischer sein solle. Als am 16. Dezember die Parteien vor dem Richter erschienen, verlangte Herr Haldi eine abermalige Verschiebung des Termins und erklärte, als er auf den Widerstand der Kläger hin dieselbe verweigerte, die Beschwerdeführung, ohne jedoch dieselbe später durchzuführen.

Bei der Verhandlung vom 20. Februar 1872 stellten nun die Kläger das Rechtsbegehren:

Es sei die Vertheidigung des Herrn Haldi auf die Klage der Vorlader vom 14. und 20. Oktober 1871 als versäumt zu erklären; demgemäß seien die Akten zu schließen und zur erstinstanzlichen Beurtheilung des Streitgeschäftes Termin zu bestimmen, unter Kostenfolge.

In seiner Antwort schloß Herr Haldi auf Abweisung der Impetranten und brachte an: Es habe die Terminverschiebung auf den 12. Dezember 1871 auf dem Wege der außergerichtlichen, vom Richter nicht genehmigten, Convention stattgefunden, und bei der Erscheinung vom 16. Dezember hätten sich die Kläger weder dem Rechtsstillstandsbegehren widersetzt, noch auch verlangt, daß die Vertheidigung des Beklagten als versäumt erklärt werde, sei es sofort, sei es für den Fall des Unterliegens mit der Beschwerde. — Die sehr voluminöse Klage betreffe einen Vertragsstreit über Wälder, die sich im Gebirge befänden, und zur Abfassung der Vertheidigung sei der Anwalt genöthigt gewesen, sich selbst an Ort und Stelle zu begeben, um das Streitobjekt zu besichtigen, was im Winter nicht zu jeder Zeit geschehen könne. Herr Haldi erklärte sich nun bereit, seine Hauptvertheidigung in der Hauptsache sofort zu produziren, und legte auch seine schriftliche Vertheidigung auf den Gerichtstisch mit dem Ansuchen, sie in's Recht legen zu dürfen.

Die Kläger beantragten Abweisung des Herrn Haldi und der Gerichtspräsident von Saanen sprach den Klägern ihr Rechtsbegehren zu.

Der Appellations- und Cassationshof bestätigte dieses Urtheil und verurtheilte den Beklagten zu den Kosten,

in Betrachtung:

1) daß die unter dem 12. Dezember 1871 durch Parteiconvention dem Beklagten gestattete weitere Verschiebung des Termins zu Einreichung der Hauptvertheidigung auf den 16. Dezember 1871 mit dem Beifügen erfolgte, daß dieser Termin ein peremptorischer sein solle;

2) daß die Festsetzung peremptorischer Zeitbestimmungen durch die Parteien gesetzlich zulässig ist;

3) daß die Genehmigung des convenirten Termins durch den Richter nicht erforderlich war, um demselben die Wirkung eines peremptorischen Termins zu ertheilen;

4) daß die Vorschriften der §§ 88 und 89 P. bloß Bezug haben auf richterlich anberaumte Termine;

5) daß übrigens Haldi mit seinem am Termin vom 16. Dezember gestellten neuen Verlängerungsbegehren vom Richter abgewiesen wurde und, obschon er die Beschwerdeführung gegen die Verfügung erklärte, es unterließ sein Vorhaben auszuführen;

6) daß er durch diese Unterlassung die Gestattung eines neuen Termins an ihn unter allen Umständen unmöglich gemacht hat.

3) Schadensersatzklage wegen Mißhandlung.

Wyttenbach gegen Moser.

(31. Mai 1872.)

Am 13. November 1871 stellte Johann Wyttenbach in Kirchdorf, Namens seiner Ehefrau Elisabeth, gegen Johann Moser eine Schadensersatzklage wegen Mißhandlung an, zu deren Begründung er Folgendes anbrachte:

Am 1. September 1871 habe Frau Wyttenbach auf dem vom Beklagten gepachteten Grundstück Kartoffeln gegraben und dann bei einem Nachbarn Baumgart Milch geholt. Auf dem Heimweg sei sie vom Beklagten auf Grund und Boden des genannten Baumgart angegriffen und arg mißhandelt worden. Zur Zeit der erlittenen Mißhandlung seien erst vier Wochen seit einer überstandenen Frühgeburt verstrichen gewesen, und in seinem Zeugniß vom 12. September 1871 bezeuge Dr. med. Lauterburg von Kirchdorf: bei der am Tag der erlittenen Mißhandlung vorgenommenen Untersuchung hätten sich, ausgenommen eine leichte Contusionsgeschwulst am Nacken, keine erheblichen Spuren einer Körperverletzung vorgefunden, dagegen sei starke Auftreibung des Unterleibs vorhanden gewesen, verbunden mit beträchtlichem Blutabgang aus der Gebärmutter. Dieser Blutabgang kehre noch jetzt bei der geringsten Anstrengung wieder und erfordere noch längere Zeit große Schonung und Sorgfalt.

Kurze Zeit nachher stellte Dr. med. Lohner in Thun, an welchen sich während der Abwesenheit des Herrn Lauterburg Johann Wyttenbach gewandt hatte, über den Zustand der Frau Wyttenbach ein ähnlich lautendes Zeugniß aus.



In Folge der erwähnten Mißhandlung sei Frau Wyttenbach genöthigt gewesen, ununterbrochen vom 1. September bis zum 8. November das Bett zu hüten.

Als Entschädigung forderte Elisabeth Wyttenbach:

1) Schmerzensgeld und Unterbrechung der Arbeit während des krankhaften Zustandes und Abnahme der Arbeitskräfte Fr. 400;

2) Heilungskosten, Besorgung und Verpflegung Fr. 100.

In seiner Hauptvertheidigung erklärte Moser vor Allem, daß er, ohne irgendwie eine rechtliche Verpflichtung dazu anzuerkennen, bei seinem vor dem Friedensrichter gemachten Angebot von Fr. 50 verbleiben und seine bisherigen Kosten an sich selbst tragen wolle, wenn Wyttenbach sofort zu Protokoll erkläre, damit zufrieden zu sein und keine weitern Ansprüche in dieser Sache erheben zu wollen.

Moser schloß auf Abweisung der gegnerischen Rechtsbegehren und verneinte die Richtigkeit der klägerischen Darstellung der Sache; letztere verhalte sich vielmehr folgendermaßen:

Trotz wiederholten Verbotes hätten die Eheleute Wyttenbach sich öfters erlaubt, um zu ihrem Nachbar Baumgart zu gelangen, ihren Weg über seine, des Moser, Hausmatte zu nehmen. Am fraglichen 1. September sei die Wyttenbach trotz seines Verbots wieder über seine Hausmatte zu Baumgart gelaufen und habe ihn außerdem verhöhnt und gröblich insultirt. Er habe nun auf sie gewartet und als sie auf dem Rückweg trotz abermaliger Warnung sein Grundstück betreten, sie allerdings bei den Haaren gefaßt und geschüttelt. Moser verneint auf das Bestimmteste, die Wyttenbach auf Grund und Boden des Baumgart ergriffen und mißhandelt zu haben; er verneint ferner, daß Frau Wyttenbach erst vier Wochen vor jenem Vorfall eine Frühgeburt gehabt habe und daß die im Zeugniß des Herrn Lauterburg beschriebenen krankhaften Zustände der Frau Wyttenbach eine Folge jenes Vorfalls seien.

Nachdem die Beweisführung mittelst Vorlegung der ärztlichen Zeugnisse und Abhörung des Beklagten stattgefunden, fällte das Amtsgericht Seftigen unterm 17. Februar 1872 sein Urtheil, durch welches der Klägerin ihr Rechtsbegehren unter Kostenfolge zugesprochen und die ihr vom Beklagten zu zahlende Entschädigung, ärztliche Kosten inbegriffen, auf Fr. 150 festgesetzt wurde.

Gegen dieses Urtheil erklärten beide Parteien die Appellation.

Der Appellations- und Cassationshof erkannte, im Wesentlichen in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils:

1) dem Kläger Joh. Wyttenbach, Namens er handelt, ist das Rechtsbegehren seiner Klage grundsätzlich zugesprochen;

2) die Entschädigung, welche der Beklagte Joh. Moser in Folge dessen an denselben zu zahlen hat, ist bestimmt auf Fr. 150, ärztliche Kosten inbegriffen;

3) der Beklagte Moser hat in Betreff der erstinstanzlichen Kosten diejenigen des ausgelegten Geldes an den Kläger zu bezahlen; die Kosten, welche der Kläger Johann Wyttenbach, Namens er handelt, von daher zu fordern hat, sind bestimmt auf Fr. 127. 75. Die Appellationskosten sind zwischen den Parteien wettgeschlagen.

Motive: 1) daß als prozedürlich erwahrt anzusehen ist, daß der fragliche Vorfall sich in der vom Beklagten dargestellten Weise zugetragen, somit nur bewiesen ist, daß derselbe Frau Wyttenbach bei den Haaren ergriffen und geschüttelt, nicht aber, daß er weitere Thätlichkeiten an ihr verübt habe;

2) daß Letztere, wie gleichfalls anzunehmen ist, durch ihr Verschulden zur Veranlassung des Schadens beigetragen hat, indem sie, ungeachtet der Warnung des Beklagten, sein Grundstück betrat und durch ihr Benehmen ihn zu Thätlichkeiten reizte;

3) daß der Beklagte sich nicht im Fall erlaubter Abwehr (Satzung 18 und 360 C.) befand, da die Mißhandlung auf freiem Felde stattgefunden, auch von einem Hausfriedenbruch nicht die Rede sein kann;

4) daß der Causalzusammenhang zwischen der durch ärztliches Zeugniß konstatirten Blutung und der Mißhandlung als hergestellt erscheint.

Anmerkung. Aus den bei den Akten liegenden Zeugnissen kann ein Zusammenhang zwischen der in Motiv 1 angenommenen Mißhandlung und der Blutung nicht als konstatirt angenommen werden. Von den Aerzten sollte der Richter überhaupt immer Nachweise verlangen und sich nicht mit Behauptungen begnügen. Zudem klappen auch die Motive 1 und 2 etwas wunderlich mit Nr. 3.

5) Lebensversicherung. Unwahre oder ungenaue Angaben des Versicherten fallen nur dann in Betracht, wenn sie absichtlich unrichtig gemacht worden sind.

Pfister gegen London Union.

(31. Mai 1872.)

Am 15. April 1868 versicherte sich Johann Baptist Weißenberger aus Vöhringen in Bayern für den Betrag von Fr. 25000

bei der Lebensversicherungsgesellschaft der Londoner Union in der Weise, daß die genannte Gesellschaft die Verpflichtung übernahm, den Erben, respektive Rechtsnachfolgern des Versicherten innerhalb dreier Monate nach seinem Absterben jenen Betrag auszubezahlen. Die der Versicherungsgesellschaft während der Lebensdauer des Versicherten zu zahlende Prämie wurde festgesetzt auf Fr. 1600, zahlbar in vierteljährlichen Raten von Fr. 422. 75 je auf den 14. April, Juli, Oktober und Januar. Der Empfang der ersten Zahlung wurde in der Police selbst bescheinigt, unter der Bedingung jedoch, daß die Rechtsnachfolger des Versicherten die Ausbezahlung der Versicherungssumme nur gegen Nachzahlung der restanzlichen Prämie für das am 14. April endigende Jahr nach dem Hinscheid des Versicherten zu verlangen berechtigt sein sollten.

Am 14. Juni 1868 starb der Versicherte Johann Baptist Weißenberger in Neu-Ulm an Apoplexie. Schon am 9. Mai 1868 hatte er jedoch seinem Schwiegersohn J. C. Amberg die Police für den vollen Betrag eigenthümlich abgetreten, wogegen Letzterer die Bezahlung der jährlichen Prämien während der Lebensdauer des Cedenten übernommen hatte. Durch weitere Cession gelangte die Police an Herrn Felix Pfister auf dem Rindermarkt in Zürich, und diesem gegenüber verweigerte nun die Versicherungsgesellschaft die Ausbezahlung des Betrags von Fr. 25000, weil der Versicherte über seine Lebensweise falsche Angaben gemacht habe.

In Folge dessen erhob nun Felix Pfister Klage gegen die Gesellschaft und stellte das Rechtsbegehren, es sei dieselbe zu verurtheilen, ihm, dem Kläger, den Betrag von Fr. 25000 nebst Folgen auszubezahlen.

In ihrer Hauptvertheidigung schloß die Beklagte auf Abweisung des Klagsbegehrens und brachte zur Begründung an: Weißenberger habe dem medizinischen Consulenten der Gesellschaft erklärt, er sei niemals krank gewesen und führe eine durchaus mäßige und ordentliche Lebensweise. Ein ähnlich lautendes Zeugniß habe er sich auch von zwei von ihm bezeichneten Vertrauensmännern nach einem von der Gesellschaft vorgelegten Formular ausstellen lassen und die nämliche Versicherung einer ordentlichen und nüchternen Lebensweise auch bei seiner Anmeldung beim Agenten der Gesellschaft, in Beantwortung der im Formular enthaltenen Fragen, abgegeben. Schließlich habe er noch folgende Erklärung ausgestellt: „Sollte es sich später zeigen, daß ich, mein Arzt oder mein Vertrauensmann in Beziehung auf meine gegenwärtigen Gewohnheiten und meinen Gesundheitszustand unwahre oder ungenaue Angaben gemacht haben, so sollen alle

Gelder, die für und in Beziehung auf die besagte Versicherungsgesellschaft bezahlt worden sind, an die genannte Gesellschaft fallen und die Versicherung soll aufhören, erloschen und ohne Kraft sein."

Nun verliere aber die Police ihre Kraft, wenn es sich früher oder später herausstelle, daß wahrheitswidrige Angaben über die persönlichen Verhältnisse des Versicherten gemacht worden seien; oder wenn der Versicherte getödtet oder an seinem Leben gefährdet werde durch eine Person, welcher die versicherte Summe ganz oder zum Theil zufallen würde.

Die Angaben des Johann Baptist Weißenberger und seiner Vertrauensmänner, daß dessen Gewohnheiten und Lebensweise streng nüchtern seien, seien nun aber unrichtig, denn derselbe sei schon zur Zeit der Ausstellung obiger Atteste dem übermäßigen Genuß gebrannter geistiger Getränke ergeben gewesen. Schon am 29. Mai sei er in Folge unmäßigen Schnapsgenusses von einem Schlaganfall betroffen worden, und am 13. Juni habe Dr. Beck, der ihn nach dem erwähnten Anfall behandelte, ihn betrunken über die Donaubrücke schwanken sehen. Am darauffolgenden Morgen sei er von seinem Schwiegersohn todt am Boden liegend in seiner Wohnung gefunden worden. Dr. Beck, von J. C. Amberg herbeigerufen, habe folgendes Gutachten abgegeben: Aus der Beschaffenheit des Leichnams und den mir bekannten Antecedentien des Verstorbenen schloß ich, daß Weißenberger an einem Schlaganfall gestorben ist, nachdem er sich des Abends zuvor im Genuß von Alkoholien übernommen hatte. Diesem Urtheil des Arztes habe der herbeigerufene Leichenschauer beigepflichtet.

Keiner der bei der Versicherung Betheiligten wäre übrigens in der Lage gewesen, die Versicherungsprämien fortzuentrichten; Weißenberger habe als Pfründer gelebt und auch der Schwiegersohn Amberg sei um diese Zeit in völligen Vermögensverfall gerathen. Hieraus ergebe sich, daß die Versicherung nur nachgesucht worden sei in Rücksicht auf die unordentliche Lebensweise des Weißenberger und in der Voraussicht eines hieraus resultirenden baldigen Todes desselben. Die beklagte Gesellschaft sei daher wissentlich und absichtlich irre geführt worden.

Die beklagte Gesellschaft bestritt ferner die Legitimation des Klägers zur Sache. Die fragliche Police sei das einzige Vermögen des Versicherten, derselbe habe mehrere Kinder hinterlassen und die angebliche Cession der Police an seinen Schwiegersohn Amberg sei daher keine Cession, sondern eine letztwillige Verfügung,

die aber sowohl wegen Formmängeln als aus materiellen Gründen ungültig sei.

Schließlich bringt die Beklagte noch an, von dem streitigen Versicherungskapital seien zwei Beträge von Fr. 300 und von Fr. 206. 35 auf Veranlassung eines Herrn Sternberger gerichtlich mit Beschlag belegt worden, weßhalb in Bezug auf diese die Zulässigkeit der Cession bestritten werde.

In seiner Replik behauptete Pfister, der verstorbene Joh. Baptist Weißenberger sei in jeder Beziehung gut beleumdet und keineswegs dem übermäßigen Schnapstrinken ergeben gewesen. Ob die bei der Versicherung Betheiligten reich oder arm seien, gehe die Gesellschaft nichts an, vorausgesetzt, daß die Einzahlungen pünktlich geleistet werden.

Was die Beschlagnahme der zwei Beträge betreffe, so werde er, Pfister, dafür sorgen, daß dieselbe beseitigt werde, und er verlange von der Londoner Union die Ausbezahlung nur unter der Bedingung und erst dann, wenn er ihr die definitive Aufhebung der Beschlagnahme nachgewiesen haben werde. Dieses Anerbieten wurde von der beklagten Gesellschaft angenommen.

Nach Feststellung des Beweisentscheides fand die Beweisführung statt mittelst Urkundenvorlegung und Abhörung der Zeugen. Durch Notifikation vom 24. Mai 1870 zeigte Herr Pfister der Unionsgesellschaft an, daß er bereits am 24. Januar 1870 sein bestrittenes Guthaben dem Herrn Arter in Enge bei Zürich abgetreten habe; er werde jedoch der Gesellschaft dafür gutstehen, daß dem Urtheil in Haupt- und Nebensache statt gethan werde. Dieser Personenwechsel wurde von der Beklagten beim Termin vom 27. Dezember 1871 angenommen. In demselben Termin legte der Anwalt des Heinrich Arter eine Erklärung der Kinder des verstorbenen Weißenberger vor, wonach dieselben zu dem von J. C. Amberg vorgenommenen Verkauf der Versicherungspolice ihres Vaters ihre Einwilligung ertheilten und auf jeden daherigen Erbanspruch verzichteten. Hierauf erklärte der Bevollmächtigte der Versicherungsgesellschaft, daß für diese kein Grund mehr vorliege, die hierauf bezüglichen Einreden aufrecht zu erhalten, daß sie dieselben daher fallen lasse.

Am Termin vom 27. Dezember wurde der Aktenschluß verhängt und die Parteien convenirten, die Streitsache mit Umgehung des Amtsgerichts vor den Appellations- und Cassationshof zu bringen. Dieser entschied:

1) Es sei dem Kläger Heinrich Arter in seiner genannten Eigenschaft das Rechtsbegehren seiner Klage, unter Vorbehalt

der zwischen den Parteien getroffenen Convention betreffend die zwei seiner Zeit mit Beschlag belegten Beträge, zugesprochen.

2) Die beklagte Lebensversicherungsgesellschaft habe die Kosten des ausgelegten Geldes an den Kläger zu bezahlen.

In Betrachtung:

1) daß die Einwendung der beklagten Gesellschaft, die Angabe des Weißenberger und seiner Vertrauensmänner in der Anmeldung zur Versicherung, daß dessen Gewohnheiten und Lebensweise „streng nüchtern, regelmäßig und mäßig“ seien, sei unrichtig, indem sich derselbe dem übermäßigen Schnapstrinken ergeben — was nach der Assekuranzpolice und den Statuten den Verlust der Versicherungssumme zur Folge habe — ihr zu beweisen oblag;

2) daß das Resultat dieses Beweises, mit Rücksicht auf den demselben gegenüberstehenden Gegenbeweis des Klägers, verschiedene Auffassungen zuläßt, jedoch hier nicht weiter erörtert zu werden braucht;

3) daß nämlich nur die wissentlich unwahre Beantwortung der gestellten Fragen jene schwere Folge haben könnte; da nicht Jedermann, insbesondere Personen von der Berufsart des Versicherungsnehmers, im Stande ist, über seinen Gesundheitszustand oder seine Lebensweise objektiv richtige Antworten zu ertheilen, Selbsttäuschung sowie verschiedene Auffassungen z. B. über den Begriff einer mäßigen Lebensweise häufig sind und Unmögliches Niemanden zuzumuthen ist;

4) daß auch die Bestimmung in § 38 der Statuten, daß die Gesellschaft gegenüber den Versicherten Rücksichten der Billigkeit walten lassen werde, für diese Auslegung spricht.

5) daß, unter Zugrundelegung dieser Erwägung, die Angaben Weißenbergers nicht als absichtliche Unwahrheiten anzusehen sind, jedenfalls genügende Beweise für eine solche Annahme mangeln;

6) daß ebensowenig die Behauptung der Beklagten, die Todesursache des Weißenberger liege in seinem eigenen Verschulden, nämlich in einem Selbstmord durch Alkoholvergiftung und der tödtliche Ausgang sei durch die Handlungsweise seines Schwiegersohnes Amberg befördert worden, nach den Akten als erwahrt anzusehen ist;

7) daß endlich die übrigen Einwendungen der Gesellschaft gegen ihre Verbindlichkeit zur Bezahlung der Versicherungssumme theils fallen gelassen worden, theils gemäß Parteiconvention im gegenwärtigen Prozeß nicht zu erörtern sind.

Literarische Anzeige.

(Further) Reports from her Majestys Diplomatic and Consular Agents abroad respecting the condition of the Industrial Classes and the purchase power of money in foreign Countries. Presented to both Houses of Parliament by Command of her Majesty. London 1871. 1872.

Unter diesem Titel liegen zwei starke Bände englischer Parlamentspapiere vor uns, deren Inhalt, insbesondere soweit er sich auf die Schweiz bezieht, auch die Leser dieser Zeitschrift recht sehr interessiren dürfte. — Die englische Regierung hat in den letzten Jahren wiederholt von ihren diplomatischen Agenten im Ausland Berichte über die Lage der arbeitenden Klassen in dem betreffenden Lande eingefordert, vorzüglich um zu erforschen, ob und wie weit englische Arbeitskräfte sich mit Vortheil dort placiren könnten, welchen Aussichten die Auswanderer entgegengehen würden, und welches spezielle Verhalten den Ankömmlingen für ihr Gedeihen dort dienlich und anzuempfehlen wäre. In den eingesendeten Berichten ist nun der Regierung massenhaftes Material in Form von Beschreibungen und statistischen Tabellen über diesen Punkt zugegangen, welches gesammelt dem Parlament vorgelegt worden ist. Die Berichte sind ohne weitere Zusätze und Verarbeitung abgedruckt und sind natürlich von sehr ungleichem Umfange und Werthe, je nach der mehr oder minder so zu sagen berichtwürdigen Beschaffenheit des Orts und nach der Individualität des Einsenders, da bekanntlich nicht Jeder für statistische Beobachtung und Berichterstattung Sinn und Lust hat. Ein Theil ist flüchtig geschrieben, ja einigen sieht man an, daß sie unter dem Eindruck des unwilligen Erstaunens über die sonderbare Neugierde der foreign office abgefaßt sind; ein anderer Theil aber ist mit sichtlichem Eifer und Fleiß, auf Grund vielseitiger und genauer Erkundigungen, mit sorgsamer Verwerthung der eigenen Erfahrungen gearbeitet. Zu diesem letzteren Theil gehören erfreulicher Weise die Berichte der englischen Gesandtschaft in Bern über unsere schweizerischen Arbeiterverhältnisse, bearbeitet von dem ersten Sekretär, Herrn G. F. Gould, und es ist jedenfalls interessant, die sorgfältige Berichterstattung eines Ausländers über einheimische Zustände zu lesen, zumal sie über einige Punkte, namentlich Lohn- und Preisverhältnisse betreffend, Material beibringt, wie wir es kaum in unserer heimischen Literatur irgendwo so reichlich und übersichtlich zusammengestellt finden.

Da der Raum und die Tendenz dieser Zeitschrift nicht gestattet, die Ergebnisse der Untersuchung in irgendwelcher Ausführlichkeit mitzutheilen, so wollen wir wenigstens auf Inhalt und Gang derselben aufmerksam machen, um zum Studium dieser Berichte anzuregen. — In dem Bericht von 1871 gibt der Verfasser, um die eigenthümliche soziale Stellung der Arbeiterklasse in der Schweiz zu kennzeichnen und zu erklären, vorerst eine Uebersicht der politischen Verfassung, macht dann auf die Volksbildung und die darauf verwendeten Mittel aufmerksam (dieses Thema war schon in einem vorhergehenden Berichte ausführlicher erörtert worden) und bespricht die damit in Verbindung stehenden Bestrebungen; ferner die Arbeitervereine, Sparkassen, Hülfsgesellschaften; sucht dann eine allgemeine Charakteristik vom Wesen und Geist der arbeitenden Klassen zu geben, nebst einer Uebersicht der Lohnverhältnisse und Lebensweise. Angehängt sind eine große Anzahl von Tabellen über die Löhne in verschiedenen Gewerkszweigen und Kantonen (St. Gallen, Wallis, Appenzell, Genf) und speziell über Löhne und Kosten des Lebensunterhalts der Arbeiter im Kanton Bern. — Im ergänzenden Bericht von 1872 kommt der Verfasser nochmals zurück auf die allgemeine Lage und Charakteristik unserer Arbeiter, auf die Primarschulgesetzgebung, die Bestrebungen zum Wohle der Arbeiter: Sparkassen (insbesondere die sogenannten obligatorischen im Jura), Beschaffung von Arbeiterwohnungen, den Verein für Beschaffung von Maschinen für den Hausgebrauch in Zürich, die Gewinnbetheiligung, das Verhältniß von Unternehmer und Arbeiter. Angehängt sind wiederum mehrere Tabellen, unter denen namentlich interessant die beiden, welche Data über Bevölkerung, Kapitalwerth, Löhne und Preise in den zwei zürcherischen Gemeinden Wald und Töß in der Zeit um 1830, verglichen mit denen um 1868, beizubringen suchen; außerdem sind noch Nachweise aus Glarus, Thurgau, Basel gegeben.

Wir freuen uns sowohl über die Arbeit selbst als darüber, daß ihre Ergebnisse im Ganzen recht schmeichelhaft — wohl hie und da etwas zu sehr — für unsere Verhältnisse ausfallen, und bezeugen unsere Dankbarkeit dadurch, daß wir empfehlend auf dieselbe aufmerksam machen.

H. v. Scheel,
Professor in Bern.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 6.

Dezember 1872.

Das Satzungenbuch des städtischen Archivs von Bern.

Von Dr. A. Zeerleder, gew. Stadt-Archivar, d. Z. Amtsgerichts-Präsidenten.

Das Berner Stadtarchiv ist bekanntlich ganz modernen Ursprungs, denn es verdankt seine Entstehung der Aussteuerungsurkunde, welche die helvetische Liquidationskommission im Jahre 1803 für Bern wie für die übrigen vormals souveränen Städte der Schweiz ausstellte und in deren letztem Artikel die Bestimmung enthalten war, daß den städtischen Behörden alle die, ihnen zugeschiedenen Besitzungen und Rechte betreffenden, Urkunden u. s. w. herausgegeben werden sollten. Daher kömmt es, daß unser städtisches Archiv nicht eben reich an historisch interessantem Material ist; namentlich seitdem in den Vierziger Jahren auch die den Insel-Spital und die Mushafenstiftung betreffenden Dokumente demselben enthoben worden sind. Nichtsdestoweniger haben sich einzelne Gegenstände von geschichtlichem

Werthe in dasselbe gleichsam verirrt und sind, eine Zeit lang vergessen, bei einer in den letzten Jahren vorgenommenen Revision wieder zum Vorschein gekommen, so z. B. das sog. Vincenzen Schuldbuch, mehrere Stadtrechnungen aus dem 14. und 15. Jahrhundert, ein Polizei-, Eid- und Spruchbuch aus dem 15. Jahrhundert und das Satzungenbuch, welches den Gegenstand der gegenwärtigen Arbeit bildet. Dasselbe ist ein Quartband von 165 Pergament-Blättern (ohne die Inhaltsanzeige) und ist bis zum 88. Blatte von der gleichen, offenbar noch dem 15. Jahrhundert angehörenden Hand geschrieben. Die letzte von dieser Hand eingetragene Satzung ist vom Jahr 1480.

Herrn Professor Schnell in Basel, welcher im Jahr 1860 in der Zeitschrift für schweizerisches Recht die erste und darum um so verdienstlichere Zusammenstellung der Berner Rechtsquellen veröffentlichte, war dieses Satzungenbuch nicht bekannt. Er citirt nur 4 solche, nämlich:

1) Das Exemplar des Staatsarchivs — rothes Buch — mit 173 Blättern;

2) dasjenige des Lehenkommissariats, gegenwärtig auch im Staatsarchiv, nur 60 Blätter zählend;

3) ein ehemals dem Hrn. Dr. Pellis in Lausanne, nun Hrn. Schnell selbst gehörendes, mit fortlaufend numerirten Satzungen auf 83 Blättern;

4) ein bloß noch abschriftlich vorhandenes Exemplar, welches dem Lehnkommissär Stettler gehörte, 107 Papierblätter zählend.

Endlich spricht er noch von einer derartigen Sammlung, welche laut einer Notiz vom Jahr 1835 „im Archiv des Pflegamts" sich befunden habe, aber seither nicht habe aufgefunden werden können. Es erscheint nicht unmöglich, daß die fragliche Notiz sich eben auf unsere Sammlung bezog; eine den Namen „Pflegamt" führende Behörde hat in Bern niemals existirt; hingegen ist ein aus der Zusammenziehung resp. Abkürzung des Wortes Stadtlehenkommissariat entstandenes Mißverständniß denkbar.

Ein anderes Satzungenbuch, welches Hrn. Schnell ebenfalls nicht bekannt war, ist dasjenige, welches abschriftlich im Nachlaß des Rathsherrn Zeerleder von Aarwangen sich vorfand und jetzt im Besitze des Hrn. Prof. G. König ist*).

Seither ist dieses Buch dem Hrn. Schnell mitgetheilt worden und wird dessen Erwähnung in der in Aussicht gestellten Revision der „Rechtsquellen" nicht ausbleiben.

Unser Satzungenbuch beginnt mit der sogenannten Handfeste von 1218 in getreuer deutscher Uebersetzung und es ist der Initial F durch ein recht hübsch auf Goldgrund gemaltes Bild zweier über einander stehenden Trompetenbläser (Herolde) dargestellt.

Sodann folgen in bunter Reihe unter der Ueberschrift: „Satzungen der Stadt Bern", bald mit Angabe des Datums der Erlassung, bald ohne solche und ohne eigentliche weder systematische noch chronologische Anordnung Bestimmungen über alle möglichen Gegenstände der Gesetzgebung und Polizei, welche von Schultheiß und Rath (und Gemeinde) von Bern kraft der ihnen zustehenden Autonomie im 13., 14., 15. und anfangs des 16. Jahrhunderts erlassen wurden. Die älteste datirte Satzung ist vom Jahr 1283 und betrifft die Verjährung von Wucherklagen, die jüngste von 1534; — also 5 Jahre vor Abfassung der von Rütte'schen Revisionsarbeit, deren Vorrede vom Ostermontag 1539 datirt ist.

Die am Rande von der Hand des Gerichtschreibers Hans von Rütte angebrachten Bemerkungen haben Hrn. von Stürler zu der Vermuthung geführt, daß wir es hier mit demjenigen Exemplar des Satzungenbuches zu thun haben, welches derselbe zur Bearbeitung seiner Codification benutzte.

*) Siehe nunmehr: „Uebersicht der ältern Rechtsquellen ꝛc.", bearbeitet durch Johann Schnell und Moritz von Stürler, Basel 1871, p. XIII u. ff. Unser Satzungenbuch ist dort mit S. bezeichnet, jedoch sehr wenig benutzt.

Anmerkung. Mein Exemplar ist eine Abschrift des Stettler'schen.
Prof. K.



Es soll nun versucht werden, einen Ueberblick über den Inhalt dieser Compilation mit vorzüglicher Berücksichtigung privatrechtlicher Normen zu geben und somit ein Bild der Entwicklung des bernischen Stadtrechtes vom Ende des 13. bis 15. Jahrhunderts zu entwerfen.

Wir beginnen wie billig mit dem öffentlichen Rechte und zwar vorerst mit den die Verfassung der Stadt betreffenden Satzungen.

Der Schultheiß ist nach der Handfeste der erste Beamte der Gemeinde; er vereinigt die dreifache Gewalt des Richters (königlichen Vogtes), des Rathspräsidenten und des Anführers im Felde.

Mit der Zunahme der Stadt und ihrer Bedeutung wurde die Vereinigung dieser drei wichtigen Funktionen für Einen Mann zu schwer und es riß die Uebung ein, daß er seine Richterfunktionen durch Andere in seinem Namen versehen ließ. Diese Uebung wurde durch eine Satzung förmlich sanktionirt, deren Datum wir nicht kennen, jedoch ausdrücklich nur als Ausnahme, für den Fall wirklicher Verhinderung des Schultheißen.

Fol. 54. «Item so sol ouch der Schulths. selber dis Jares richten vnd des gerichtes hüten so er best mag an geuerde, Wenn er aber des gerichtes an geuerde nitt hütten mag Das er aber einen vnnder dem Rate des tages an sin statt setze Der da richte Vnd also das er nit wuchner sie, mag aber er den vnnder dem Rate nitt haben, so mag er einen anndern erberen man vnnder den CCten oder den Grossen weibel oder des gerichtes Schriber dar setzen, die an siner Statt richten. . . . . .»

Allein die Ausnahme wurde zur Regel; schon im Jahr 1388 wurde dem damaligen Schultheißen L. von Seftigen vorbehalten, „daß ihn noch andere Schultheißen diese Satzung nicht mehr angehen solle.“

Fol. 54. Item Ludwigenn von Söfftingenn Schulltheis zu Bern hannd die Rät vnd die CC. vorbehept, dass Inn noch ouch ander vnser Schultheissen, diese Satzung nitt

mer angan soll, vnd ist das darumb wannd sie mit der Statt sachenn ane das gnug ze schaffen hannd. Anno 1388.›

In der That sind vom 15. Jahrhundert an die meisten, wenn nicht alle Sprüche von einem „Statthalter" an Stelle des Schultheißen erlassen.

Nichtsdestoweniger ist das Stadtgericht zu Bern im Namen des Schultheißen gehegt und gehalten worden bis zum Verfassungsumsturz vom Jahre 1798.

Die Handfeste enthielt den Grundsatz der bloß einjährigen Amtsdauer des Raths und der Stadtbeamten, mit Ausnahme des Priesters. Möglich, daß schon frühe einzelne Stellen den Charakter der Lebenslänglichkeit erhielten, der den Begriffen des Mittelalters so sehr entsprach; von den Rathsstellen ist dieß unzweifelhaft schon im 15. Jahrhundert geschehen*); auch das Schultheißenamt schien von Zeit zu Zeit diesen Charakter annehmen zu wollen; am Ende des 14. Jahrhunderts bekleidete Ludwig von Seftigen dasselbe während 14 Jahren (1393—1407); Peter von Krauchthal von 1407—1418 eif Jahre ununterbrochen. So erschien es im Jahr 1418 am Abend vor Ostern rathsam, das ursprüngliche Prinzip wieder in Erinnerung zu bringen durch die Satzung Fol. 55b:

‹Wie man ze osternn einen Schultheissen setzen und wie lang der beliben sol.›

Was nicht verhinderte, daß von 1418 bis 1446 Rudolf Hofmeister durch das Zutrauen seiner Mitbürger fortwährend in seinem Schultheißenamte bestätigt wurde. Das 16. Jahrhundert brachte dann den regelmäßigen Wechsel der Amts- und Alt-Schultheißen und damit die faktische Lebenslänglichkeit des Schultheißenamts.

Das Einkommen des Schultheißen betrifft eine gleich auf die vorhergehende folgende Satzung ohne Datum:

‹Ob jeman vmb lib vnd gut verviele, wie vil des dem Schultheissen werden sol.›

---

*) Tillier II, 458.

Der Rath und die CC. sollen in jedem einzelnen Falle bestimmen, wie groß des Schultheißen Antheil an confiscirtem Gute eines Verbrechers sein soll.

Bekanntlich ist das Einkommen des Schultheißen niemals bedeutend gewesen; es betrug im Jahr 1750 an Geld Fr. 900 heutiger Währung, dazu kamen freilich eine Menge Accidentien in natura; doch kam auch in den besten Jahren das Ganze nicht über ₶ 4930, was bei den bedeutenden mit der Stelle verbundenen Repräsentationskosten eine Kleinigkeit war.

Eine fernere undatirte Satzung — Fol. 56b — bestimmt, daß alle Gerichtsurkunden vom Schultheißen besiegelt werden sollten. Das Siegel vertrat bekanntlich die Unterschrift bis in die neueste Zeit bei amtlichen und nicht viel weniger lang auch bei Privaturkunden.

Schultheiß und Räthe bildeten von Alters her das oberste Gericht, an welches alle Sachen über 10 ₶ gezogen werden konnten (Fol. 51), und in dieser Eigenschaft wird ihnen vorgeschrieben: «die Geschäfte uszurichten von einer fronvasten zu der Andern der nächsten ohne gefährde» — (eine Vorschrift, die wahrlich heutzutage manchen Gerichten zur Richtschnur zu geben nöthig wäre).

Interessant ist die Kompetenz, welche Schultheiß und Räthen für Gratifikationen und Geschenke ertheilt wird, — was wir heute etwa den Rathskredit nennen, — Fol. 55b — sie betrug ein Pfund.

Wie vil der Schulthess vnd Rat ze gebenne hand.

Von Rütte schrieb neben diese Satzung das charakteristische Wort: « mag diser Zyt nit bestan ».

Ueber die Pflichten der Rathsglieder finden wir folgende Bestimmungen:

1) Bewahrung des Geheimnisses — « zu hehlen was zu hehlen geboten wird » — bei Strafe einmonatlicher Leistung und 10 ß. Buße, Ausstoßung aus der Behörde und Nichtwiederwählbarkeit während fünf Jahren (Fol. 56).

2) Anno 1387 wird vorgeschrieben, daß jeder, der zu den CC. gesetzt wird, einen vollständigen Harnisch haben und binnen 14 Tagen Burger werden soll (Fol. 56).

3) Die Rathsherren sollen eigene Pferde haben und ohne genügende Gründe (unmuss und gebresten) sich Aufträgen zu Reisen nicht entziehen. Unter Rathsherren sind jedoch nur die Glieder des „Kleinen" Rathes zu verstehen (Fol. 54c).

Von Beamten werden im Satzungenbuch erwähnt:

a) Die Venner:

1. In einer dem 15. Jahrhundert angehörigen Satzung (Fol. 74): «Das zwen venerr nitt in ein gesellschaft gan söllent.»

Diese Bestimmung hatte den Zweck, zu verhindern, daß Eine Gesellschaft einen überwiegenden Einfluß erhielte. (Der Ausdruck „Zunft" für die stadtbernischen Innungen ist niemals offiziell gewesen.)

2. In den Vorschriften über Bau- und Feuer-Polizei, wo sie neben den Bauherren bedeutende Kompetenzen hatten (Fol. 40).

3. Im Jahr 1371 wird den Heimlichern, Vennern und Hauptleuten weitgehende militärische Amtsgewalt zugesichert (Fol. 30).

a) Der Großweibel; er war der oberste Straf- und Polizeibeamte, führte die Untersuchungen und besorgte die Exekution der Urtheile. Die Satzung vom Jahr 1406 (Fol. 59b), welche seine Pflichten schildert, gibt einen ungefähren Begriff damaliger Strafjustiz. Sie lautet:

Grosweibel ampte.

Anno dni. MCCCCVI° crastina assensionis domini Satzten die CC dis künfftig Jar stät zehann Vnd von deshin als lang es vnns füget vnd nit widerrüffet wirt, mitt namen Das weder von dishin vnnser Grosweibel wirdet, Das der alle gefanngen so Im empholen vnd in vnnser Statt geuangnisse geleit werdent, Es sy vmb freud vm misstät oder von was sachen wegen das sye, in sinem

costen haben sol xij wuchen, were aber das wir Ime dieselben geuangnen nach den zwölff wuchen nitt abnemen als lanng er si denn nach den zwölff wuchen haltet, die söllen wir Im bezalen nitt me denn wasser vnd brot, Doch were das dehein person so hinder Inn geleit wird als habend wer das si Im sinen atz verbürgen vnd bezalen möchte Die mag er an spis vnd trank halten, als er gedenkt recht tun, also das er vnns das nitt rechne denn als vorstat. Darzu so sol ouch der weibel allen costen vnd schaden haben vnd bezalen, so von übeltätiger personen wegen, die in vnnser Statt gegichtiget oder sust gekestiget vnd gestrafft werdent, oder wie dicke si indrunt xij wuchen für gericht gefüret vnnd zu dem tod verteilet (sic) oder gerichtet werdent, Es sye dem hencker sinen lon, umb gichten vnd ouch vmb richten, sinen vnd der knechten kosten, vmb hentschu seile vnd vmb allen andern gezüg als denne das richtten wirdet sin, vnd dem hencker vnd sinen knechten ir mal, Es sye von richtens für gerichte fürens oder von houtunge wegen des diepstocks vnd halsisens vnd allen andern costen, Also das vnser Statt des gentzlichen enkeinen kosten noch schaden habe. Ouch so sol der weibel von dishin sweren selber an dem gerichte zesitzen vnd zerichtten, es were denn das er von vnnser Statt wegen Jenand hin wurd geheissen ritten oder ob wir Im erloubtin von vnnser Statt zeriten ungeuarlich. Er sol ouch sweren, selber vff die wacht zegand, vnd besorgen, nach wisung des rodels, das ist am Sunnentag. am mentag. am zinstag vnd am donrstag zenacht ze dem minster selber vff die wacht gan vnd besorgen das Schiltwächter vnd ligent wächter vff syn, vnd die tor beschlossen.

Was für Einkünfte der Großweibel bezog, — und es müssen dieselben ziemlich bedeutend gewesen sein, da die Kosten der Untersuchung von ihm bestritten werden mußten, — erklärt sich wohl auch aus dem Umstand, daß, wie Tillier (Geschichte Berns, Bd. II, p. 497) berichtet, „die ganze Ausgabe des Seckelmeisters Archer für Gefangene, peinliche

Untersuchungen und Vollstreckung der Urtheile während des letzten Halbjahres 1500 nicht mehr als 20 Pfunde" betrug. Der Schluß, den Tillier hieraus „auf die Seltenheit peinlicher Verurtheilungen" ziehen zu können glaubt, erweist sich hiemit als irrig.

Am Schlusse enthält obige Satzung den Zusatz:

Item die zweyhundert hand des henckers lon abgelassen vnd meinent das die Statt dem hencker sölle lonen. Actum dominica ante pentecostes Anno MCCCCXI.

„Einungen", d. h. bloß bußwürdige, mit Geldstrafen belegte „Frevel" hatte er jede Woche einmal (am Samstag) mit dem Gerichtschreiber zu fertigen (Fol. 12).

c) Die Gerichtsherren, ein Ausschuß des Großen Rathes, waren verpflichtet, täglich an das Gericht zu gehen und zwar im Sommer (von Ostern bis St. Michelstag) ‹wann es Sibne schlecht›, im Winter ‹wann es achte schlecht›, bei einer Buße von 6 Pfenn. (Anno 1490, Fol. 10b). Es war ihnen verboten, ‹ Miete › zu nehmen, ‹ weder in gab noch in schenks wis, ausgenommen Fisch oder Wildpret oder semlich ungefährlich Ding, das ohne ihr Wissen in ihr Haus käme› (Fol. 11).

Sie hatten zu schwören:

Das si alle gerichtes tag zu dem gericht gan söllent von einer fronuasten zu der anndern Gemeini gerechti gericht zeführen, Dem armen als dem richen, nachdem als sich Jegklicher verstatt bi sinen eren. Vnd alle Gerichtes tag am gericht zu sitzen vnd von eigenem muttwillen nitt daheim zu beliben noch von annder sach wegen sich dem gericht zu entfrömden. Were aber das einer von siner anligenden not wegen an das gericht nitt kommen möcht, so mag er einen andern an sin Statt nemmen vnd bitten, etc.

d) Die Weibel spielten von jeher im städtischen Leben eine wichtige Rolle; sie hatten des Gerichts zu hüten, Pfändungen zu vollziehen (Fol. 11b) und verrichteten wohl auch Botendienste. Im Jahr 1406 (Fol. 59) wurde ihre Zahl

auf vier festgesetzt und ihnen verboten, ‹am eingehenden Jahr bei der Kirche zu heuschen.»

e) Zur Verwaltung der auswärtigen Aemter hatte die Stadt von Alters her „Vögte" bestellt, welche in den Provinzialstädten den Titel „Schultheiß" führten. Das Satzungenbuch enthält in Betreff dieser Beamten folgende Bestimmungen:

1. Fol. 51b, vom Jahr 1420: Die Vögte sollen das eingehende Korn, es sei Zins oder Zehent, ‹nit essen noch vertriben› (verkaufen), sondern die daherigen Einnahmen der Stadt vollständig verrechnen. Man sieht hieraus, daß schon in alter Zeit im Berner Staatshaushalte strenge Genauigkeit herrschte. Da die Vögte einen Theil ihres Einkommens in Naturalien bezogen, so lag es nahe, daß sie diesen Theil nicht verrechneten, sondern einfach verbrauchten.

2. Fol. 57, vom Jahr 1404: Den Schultheissen vnd Amptlüten vssrent vnsrer Statt› soll in Zukunft nur allein der „Husrath", nicht aber anderer „Plunder" (womit noch jetzt in der Ostschweiz ganz ohne verächtliche Nebenbedeutung allerlei Fahrniß bezeichnet wird), in der Stadt Kosten nach ihrem Amtssitze geführt werden, von dort nach Hause aber, „wann wir ihn dannen ordnen" (abberufen), gar nichts. Als Motiv dieser Verordnung wird angeführt, es seien die Kosten des Hin- und Herführens groß gewesen. An den Rand dieser Satzung schrieb von Rütte: ‹Ist uss dem bruch khon›.

Endlich finden wir unter der Benennung von „Amtleuten" noch eine Klasse von Leuten aufgeführt, die im Dienste der Stadt standen und, als äußeres Zeichen dieser Angehörigkeit, die Farben der Stadt trugen.

Fol. 58b (1425): ‹Wir haben ouch gesetzet das wir vnsern amptlüten, den wir järlich röcke von vnser Statt geben, Es syn Zimerlüt Murer Weibl Spillüt louffend botten oder ander werklüte zwo farwen geben wellend nemlich rot vnd Swartz, wond vnnser Statt zeichen desglich geteilet ist. Wer aber der farwen nit

tragen wölte, der sol des Jares sines rockes mangeln.› — Die roth und schwarzen Röcke werden heute nur noch von den Siegristen der Münsterkirche getragen und aus dem städtischen Kirchengute bezahlt.

Die Amtsdauer sämmtlicher Stadtbeamten betrug in der ältern Zeit ein Jahr. Die Nichtannahme einer Beamtung wurde laut Satzung vom Jahr 1368 mit einem Jahr Verbannung und 10 Pfund Buße bestraft. Danach scheinen die politischen Würden damals noch weniger gesucht gewesen zu sein als heutzutage; übrigens weisen einige schweizerische Kantone jetzt noch ähnliche Zustände auf.

Grundlage des gesammten damaligen öffentlichen Rechts war, wie im alten Rom, das Stadtbürgerrecht. Die Gesammtheit der „Burger" bildet die Gemeinde, in welcher die Souveränetät, soweit sie nicht durch die königliche Gewalt eingeschränkt ist, ruht. Auch im Privat- und Strafrecht ist die Scheidung zwischen Burgern und „Aeußern" von durchgreifender Bedeutung, wie wir später sehen werden.

Welches waren nun ursprünglich die Erfordernisse zum Erwerb des Burgerrechts? Das Satzungenbuch gibt uns darüber folgende Anhaltspunkte: Im Anschluß an die Vorschrift der Handfeste (vergleiche Zeitschrift für vaterländisches Recht, N. F., Bd. I., p. 7: Quicumque ius burgensie in civitate cupit obtinere cujuscumque fuerit conditionis, debet omnia jura civitatis implere: nisi de communi consensu civium exemtus fuerit et absolutus; die Uebersetzung im Satzungenbuch lautet: ‹Wer der Statt recht haben sol, — Wer ouch der ist, der burgknecht behan will, was geschlechtes der ist, der sol alle recht der Statt erfüllen, Es sye dann, das er von gemeinem Ratte der Burgeren vsgenommen werde vnd lidig gesprochen›) ward gesetzt:

(Fol. 14b sine dato): ‹Wer der ist, der in unser Statt erzogen vnd erboren ist vnd noch under sins vaters vnd mutter ruten ist vnd noch nit usgestüret mit

gute vnd zu der e, der oder die, sie werren in vnser Statt oder usswendig, süllent in vnser Statt recht vnd schirme sin, Si tüye der Statt recht oder nitt. Aber wenne si von ir vatter vnd mutter koment, vnd usgestüret werdent mit gutte oder mit der e, Sie söllent vnser Statt Recht jerlich erfüllen vnd geben, ob sie in vnser Statt recht schirme sin wollen, doch süllent die so die wacht vnd telle uffnement es an Inen vordern, Aber was frömder lütten uswendig harin koment, die süllent keinswegs In vnser Statt recht noch schirm sin oder sie erfüllent jerlich vnser Statt recht mitt wacht oder mit telle.›

Die nächstfolgende Satzung schreibt vor, wie ein zur Strafe aus der Stadt Verbannter das Bürgerrecht erhalten konnte. Ein solcher mußte während der Verbannungszeit jährlich „der Stadt Recht erfüllen mit Wacht zu geben", d. h. den Wachtdienst leisten, was er natürlich nur durch einen Stellvertreter thun konnte. That er dieß nicht, oder blieb er nach Verfluß der Verbannungszeit („wenn er sin zil usgeleistet") länger draußen, so verlor er das Stadtrecht (1409).

In Betreff der unehelichen Kinder wurde Anno 1431 (Fol. 16b) verordnet, daß dieselben während ihrer Minderjährigkeit gleich ehelichen Kindern „in des Vaters Schirm" sein sollen, mithin im Genusse seines Burgrechts stehen; wenn sie aber zu ihren Tagen kommen, mögen sie „an die Herrschaft zum Schirm" wenden und an sich nehmen ein Burgrecht nach ihrer Nothdurft."

Wir sehen also, daß in dieser Periode das Stadtbürgerrecht („Burgrecht", weil Burg, burgus, bourg, ursprünglich = Stadt) erworben wurde:

a) Durch eheliche Abkunft von einem Burger;

b) durch Burgrechts-Annahme (subjektiv, wie noch heute einer in Bern „die Gesellschaft annimmt"). Von den Bedingungen, unter welchen letztere gestattet wurde, ist nichts gesagt und es darf angenommen werden, daß in dieser Be-

ziehung der oben angeführte Grundsatz der Handfeste maßgebend blieb.

(Fortsetzung folgt.)

Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.

September, Oktober, November 1872.

1. Solidarverbindlichkeit.

(Urtheil vom 6. September 1872.)

Rudolf Lienhard und H. J. Fuchs, welche sich für ein Kapital als Bürgen verpflichteten, wurden vom Gläubiger um dessen Bezahlung angegangen, nachdem die Forderung im Konkurse des Hauptschuldners in Verlust gerathen, und zwar wurde fast gleichzeitig gegen einen jeden der beiden Bürgen eine besondere Klage eingereicht und ein jeder für sich und unabhängig vom andern für den ganzen Schuldbetrag belangt.

H. J. Fuchs unterzog sich dem Klagschlusse; gleichwohl verfolgte der Gläubiger den Rechtsstreit gegen Rudolf Lienhard hinsichtlich des ganzen Guthabens, obschon der Nachweis nicht geleistet war, daß das Urtheil gegen H. J. Fuchs vollstreckt worden und weder ganze noch theilweise Bezahlung von diesem erhältlich gewesen sei.

Die Klage gegen Rudolf Lienhard wurde aber als voreilig abgewiesen, indem man fand: Maßgebend bei Entscheidung des Streites sei die rechtliche Natur des bestehenden Solidarverhältnisses; dieses Verhältniß werde dargestellt in § 638 des A. C. G., welcher vorschreibe: „Haften mehrere Verpflichtete gemeinsam, „so kann der Berechtigte einen Einzelnen für das Ganze oder „jeden derselben für einen Theil belangen. Wird er im einen „oder andern Falle nicht befriedigt, so kann er das Mangelnde „von jedem einzelnen oder allen Verpflichteten fordern."

Nach dieser Vorschrift könne der Berechtigte einen einzelnen Verpflichteten für das Ganze belangen, aber nicht gleichzeitig das Ganze gegen jeden einzelnen geltend machen. Eine Solidarschuld im Ganzen dürfe daher gleichzeitig nur einfach und nicht mehrfach, d. h. nur von einem und nicht von jedem Verpflichteten eingefordert werden. Wenn das zweite Lemma der citirten Ge-

setzesvorschrift den Gläubiger berechtige, das Mangelnde von jedem einzelnen oder allen Verpflichteten zu fordern, so sei dies im Sinne des ersten Satzes offenbar so zu verstehen, daß das Mangelnde von allen zugleich oder von jedem beliebigen einzelnen, nicht aber zugleich von allen oder mehrern einzelnen ganz gefordert werden könne. Indem das Gesetz dem nicht ganz befriedigten Gläubiger gestatte, das Mangelnde zu fordern, sei bestimmt genug ausgesprochen, daß wenn der Gläubiger einen einzelnen Mitschuldner für das Ganze belangt habe, die Belangbarkeit der übrigen für einmal eingestellt bleibe, bis erwiesen sei, daß der Forderer von dem Belangten nicht befriedigt werde.

Auch eine logische Auslegung des Gesetzes führe zum gleichen Ergebniß. Das Gesetz wolle, daß nach dem Begriff der Solidarität jeder einzelne Solidarschuldner für die ganze Forderung hafte; aber es könne unmöglich im Sinne und Willen des Gesetzes liegen, daß ein Gläubiger möglicherweise gleichzeitig mehrere vollziehbare Urtheile für die ganze Forderung gegen mehrere Schuldner erlange und folglich auch mehr als den vollen Betrag seiner Forderung sich verschaffen könne.

2. Zahlung.

(Urtheil vom 6. September 1872.)

Am 11. März 1870 verkauften Ulrich Meier und die Erben des Jakob Meier von Endingen ihre sämmtlichen Liegenschaften an die Herren Gemeindeammann Karl Meier und Pintenwirth Michael Meier von Würenlingen um den Betrag von Fr. 6500. Bei der Fertigung des Kaufes wurde die Bestimmung in den Vertrag aufgenommen, daß die Kaufssumme *dem Gemeinderath, resp. der Fertigungsbehörde von Endingen bezahlt werden solle.* Die Käufer zahlten die stipulirte Kaufssumme bis auf den Rest von Fr. 350 zu Handen des erwähnten Gemeinderathes, bestritten aber, als sie von dieser Behörde um die Bezahlung des Restes belangt wurden, das Klagbegehren, unter Vorlegung einer diesfälligen Quittung die Behauptung aufstellend, *daß sie die geforderten Fr. 350 an den Mitverkäufer Ulrich Meier entrichtet und dadurch sich ihrer Verbindlichkeit entledigt haben.*

Der Streit drehte sich daher wesentlich um die Frage, ob die an den Mitverkäufer Ulrich Meier geleistete Zahlung eine rechtsverbindliche sei oder nicht. Die angedeutete Bestimmung im Kaufsvertrage, auf welche die Klage abstellt, lautet: „Die Kaufs-

summe ist auf erstes Verlangen der Verkäufer zu bezahlen, und zwar zu Handen des Gemeinderaths." Darf es nun zwar als selbstverständliche Regel angenommen werden, daß der Käufer den Verkaufspreis an den Verkäufer zu bezahlen habe und durch eine solche Zahlung von seiner Schuldpflicht befreit werde, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß durch Convention etwas Anderes bestimmt werden könne. Letzteres ist im Falle wirklich geschehen. Die Worte: „auf erstes Verlangen der Verkäufer zu bezahlen, und zwar zu Handen des Gemeinderaths" — haben offenbar die Bedeutung, daß unter den Parteien convenirt worden, es seien die Kaufszahlungen nicht an den Verkäufer, sondern an den Gemeinderath, als an den *solutionis causa adjectus*, zu entrichten. Es läßt sich wohl denken, daß die Fertigungsbehörde es als im Interesse der Verkäufer liegend erachtet habe, die fragliche Bestimmung hinsichtlich der Abbezahlung der Kaufssumme in die Vertrags- resp. Fertigungsurkunde aufzunehmen. Es ist diese Bestimmung eine Sache zwischen den Verkäufern und der Fertigungsbehörde; die Beklagten haben sich derselben durch Unterschrift ebenfalls unterzogen und sind nun auch verpflichtet, sich daran zu halten. Die Bezahlung an den Mitverkäufer Ulrich Meier erzeigt sich daher unter solchen Umständen als eine vertragswidrige Willkürlichkeit und ist somit nicht geeignet, die Beklagten vom Klagsanspruche zu liberiren.

3. Fristliche Einrede der mangelnden Vollmacht.

(Urtheil vom 31. Oktober 1872.)

Der auf Aufhebung eines Testaments schließenden Klage, welche Elisabeth Huggenberger, Ehefrau des vergeldstagten Christ. Huggenberger von Seon und ihr Beistand, Rudolf Urech, unterm 19. Dezember 1871 anhängig machten, wurde von beklagter Seite die fristliche Einrede der mangelnden Vollmacht entgegengehalten, mit dem Anbringen: Dem Anwalte, welcher den Rechtsstreit eingeleitet und die Klage verurkundet habe, sei vom Klagetheil die Vollmacht zur Prozeßführung am 18. Oktober 1870 ertheilt worden; Rud. Urech sei aber damals noch nicht Beistand der Frau Huggenberger gewesen und daher die von ihm und der letztern ausgestellte Vollmacht ungültig. Das Begehren der fristlichen Einrede ging dahin: Es sei zu erkennen, daß der Beklagte für einmal nicht schuldig sei, sich auf die Klage einzulassen.

In ihrer Entgegnung d. d. 27. März 1871 hatte die Klagpartei die fristliche Einrede grundsätzlich als begründet an-

erkannt, nebstdem aber eine amtliche Urkunde, wonach Urech unterm 9. Februar 1872 als Beistand der Frau Huggenberger ernannt worden, vorgelegt und eine neue Vollmacht der letztern und ihres Beistandes eingereicht und zugleich angebracht: Die erhobene Einrede falle nun als zwecklos dahin; der Klagetheil sei bereit, der beklagten Partei die Kosten der fristlichen Einrede zu ersetzen, er bestreite nun aber das Einredebegehren, wenn es ferner festgehalten werden wolle. Als der Beklagte trotzdem den Zuspruch des oben erwähnten Einredeschlusses anbegehrt, wurde über letztern befunden:

Es sei richtig, daß Rud. Urech zur Zeit, als er seine erste Vollmacht ausgestellt habe, noch nicht Beistand der Frau Huggenberger gewesen sei; es müsse somit diese Vollmacht als eine verfrühte und ungültige erklärt werden und sei deßwegen mit Recht gegen das auf Grund dieser Vollmacht erfolgte Auftreten des klägerischen Anwaltes die Einrede der mangelnden Vollmacht angebracht worden. Allein jetzt sei ein zureichendes Motiv für die fristliche Einrede nicht mehr vorhanden, und wenn der Klagetheil geltend gemacht habe, daß die fristliche Einrede als erledigt zu erklären und die Gegenpartei, insofern die Einrede weiter verfolgt werden wollte und das gegnerische Begehren weiter gehe, als die fragliche Anerkennung, abzuweisen sei, so müsse dies als begründet angesehen werden. Die fristliche Einrede befreie nämlich den Beklagten nur so lange von der Klage, bis der Grund der Einrede weggefallen sei. Habe die Klagpartei diesen Grund beseitigt und eine gehörige Vollmacht eingelegt, so sei dann nicht mehr einzusehen, warum der Beklagte der Einlassung enthoben sein sollte, und könne daher, nachdem der Zwischenstreit gegenstandslos geworden, vom Zuspruch des Einredeschlusses nicht mehr die Rede sein.

Damit sei nun aber freilich nicht gesagt, daß mit der später erfolgten Beseitigung des in Frage stehenden Mangels die Streitsache so anzusehen sei, als ob die Klage schon zur Zeit der geschehenen Einlage (am 19. Dezember 1871) eine rechtsgenügliche gewesen wäre. Vielmehr müsse angenommen werden, daß die Klage erst von jenem Zeitpunkte an von rechtlicher Wirkung sei, in welchem die rechtsgenügliche Vollmacht beigebracht worden. Daraus folge, daß dem Beklagten allfällige Einreden, die aus der Thatsache sich ergeben; daß die Klage erst am 27. März 1872 wirksam rechtshängig gemacht worden (z. B. die Einrede der Klagverjährung) gewahrt bleiben und es demselben freistehe, sie in der einläßlichen Vernehmlassung auf die Klage geltend zu machen.

Anmerkung. Eine Minderheit ging von der Ansicht aus: Der Beklagte habe zur Zeit, als er die Einrede erhoben, die Einlassung auf die Klage mit Grund bestritten, und könne er, da die nachträglich eingereichte Vollmacht nicht zurückwirke, nicht gehalten werden, auf die Klage, die ohne Bevollmächtigung eingereicht worden, sich einläßlich vernehmen zu lassen. Die Grundlage zur Verhandlung und Beurtheilung der fristlichen Einrede bilde die am 19. Dezember 1871 verurkundete Klage, und sei es dem Kläger nicht gestattet, diese Grundlage durch nachträgliche Einreichung der Vollmacht, die mit der Klage selbst hätte verurkundet werden sollen, zu alteriren. Die fristliche Einrede sei daher als gerechtfertigt anzusehen.

4. Differenzgeschäft.

(Urtheil vom 20. November 1872.)

Die Herren W. Wolf und Comp. in Berlin machten gegen die Herren S. und J. Bär in Zofingen folgende Klage anhängig: Am 17. November 1869 haben die Beklagten an die Kläger nachstehendes Telegramm abgehen lassen: „W. Wolf und Comp. Berlin. Blankiret achthundert Centner Rüböl. April, Mai. à 12 oder besser. Bär." Die Kläger haben diesen Auftrag ausgeführt und am gleichen Tage den Beklagten geschrieben: „Infolge der durch Ihre heutige Depesche uns ertheilten Ordre verkauften wir heute und kaufen sonach von Ihnen, unter allen hiesigen, in den Schlußscheinen der Makler enthaltenen Conditionen:

800 Centner gutes rohes Rüböl pr. April/Mai à 12 Rthlr. pr. Centner, was Sie unter üblicher Bestätigung gefälligst vormerken wollen."

Am 19. gleichen Monats haben die Beklagten geantwortet:

„Aus Ihrem Geehrten vom 17. dies entnehmen, daß Sie nach allen dortigen, in den Schlußscheinen der Makler enthaltenen Conditionen für unsere Rechnung verkaufen: 800 Centner gutes rohes Rüböl pr. April/Mai l. J. à 12 Rthlr. pr. Centner, welchen Verkauf wir Ihnen hiemit bestätigen."

Mit Brief vom 8. März 1870 haben die Beklagten den Klägern geschrieben, daß der Artikel Rüböl sie beunruhige, da derselbe stetig in die Höhe gehe und sie um Mittheilung ihrer Ansicht über das, was zu thun sei, ob sie „zuwarten oder sogleich decken" sollen, angegangen.

Da die Kläger durch Schreiben vom 10. März geantwortet, sie würden die Deckungen nicht zu weit hinausschieben, sondern die voraussichtlich wiederkehrenden flauen Tage dazu benützen, um peu à peu aus der Baisse herauszukommen, und am 12. Mai den gleichen Rath wiederholt, haben die Beklagten am 21. Mai ihnen ein Telegramm zugesandt des Inhalts: „Decket Bär einstweilen 400 Centner Rüböl billigst, welches „Haus ehestens direkte Instruktionen Restdeckung ertheilen wird."

Am gleichen Tage haben die Kläger auf Rechnung der Beklagten gekauft: 200 Centner à $15^1/_2$ Rthlr. und 200 Centner à $15^7/_{12}$ Rthlr. und wegen der Restdeckung von 400 Centnern Instruktionen verlangt. Als die Beklagten die Restdeckung und jede Zahlung verweigert, haben die Kläger für Rechnung der erstern

am 27. Mai 200 Centner zu $15^1/_{12}$ Rthlr.,
„ 28. „ 100 „ „ $15^1/_{24}$ „
„ 30. „ 100 „ „ 15 „

angekauft, was den Beklagten jeweils brieflich angezeigt worden.

Es ergebe sich nun folgende Rechnung:

Kläger haben im Auftrage der Beklagten und für deren Rechnung gekauft:

								Rthlr. Gr.
am 12.	Mai	Centner	200	Rüböl	à	$15^1/_2$	Rthlr.	3,100. —
„ 21.	„	„	200	„	„	$15^7/_{12}$	„	3,116. 20
„ 27.	„	„	200	„	„	$15^1/_{12}$	„	3,016. 20
„ 28.	„	„	100	„	„	$15^1/_{24}$	„	1,504. 05
„ 30.	„	„	100	„	„	15	„	1,500. —
							Rthlr.	12,237. 15
					Dazu Provision		„	122. 11
					Summa		Rthlr.	12,359. 26

Dagegen haben die Kläger im Auftrage und auf Rechnung der Beklagten verkauft am 17. Nov. 1869 800 Ctr. Rüböl à 12 Rthlr.
Rthlr. 9600. —

Ab Provision $1^1/_2$ %
R. 144. —
Courtage . . . „ 33. 10
4 Telegramme . „ 4. 08
„ 181. 18
„ 9,418. 12

Bleibe Saldo zu Gunsten der Kläger Rthlr. 2,941. 14

Es werde daher der Schluß gezogen: Die Beklagten sollen verurtheilt werden, an die Kläger Fr. 11,030. 50 sammt Zins à 6 % seit 31. Mai 1870 unter Kostenfolge zu bezahlen.

Die Beklagten verneinten, daß zwischen ihnen und den Klägern ein Mandatsverhältniß begründet worden, ferner daß es sich um einen wirklichen Kaufsauftrag gehandelt habe; sie stellen sodann die Behauptung auf, daß das abgeschlossene Geschäft dem Wesen nach als Wette und Spiel sich erzeige, welchem nach § 626 des bürgerlichen Gesetzes kein Recht zu halten sei, und schließen auf Verwerfung des Klagbegehrens.

Das Tit. Bezirksgericht fand die Vertheidigung der Beklagten als unstichhaltig und verfällte dieselben zu Bezahlung des eingeklagten Betrages.

Frägt es sich, ob das bezirksgerichtliche Urtheil der Sachlage entspreche und rechtlich begründet erscheine, so ist nachfolgende Erörterung maßgebend:

Vor Allem aus ist zu entscheiden, welche rechtliche Natur dem in Rede stehenden Geschäfte zukomme. Der zwischen den Parteien gewaltete telegraphische und briefliche Verkehr spricht nun unzweifelhaft dafür, daß ein Bevollmächtigungsvertrag, ein Kommissionsgeschäft abgeschlossen worden. Die Beklagten gaben nämlich den Klägern Auftrag, für ihre — der Beklagten — Rechnung 800 Centner Rüböl zu 12 Rthlr. per Centner zu verkaufen. Dieser Auftrag wurde von den Klägern angenommen, wie aus ihrem Telegramm und Brief vom 17. November hervorgeht. Die Beklagten wollen aber gerade durch den fraglichen Brief nachweisen, daß die Kläger nicht kommissionsweise einen Kauf vermittelt, sondern sich selbst als Käufer dargegeben haben, weil sie ja schreiben: „und kaufen sonach von Ihnen." Allein durch diese Worte wird dem Geschäft der Charakter eines Kommissionsgeschäftes schon deßhalb nicht genommen, weil sie die Vereinbarung durch Brief vom 19. November ausdrücklich als solches anerkannten, indem sie schrieben: „Aus Ihrem Geehrten vom 17. November entnehmen, daß Sie für unsere Rechnung verkauften 2c., welchen Verkauf wir Ihnen hiemit bestätigen." Hiemit ist unzweideutig gesagt, daß die Kläger im Auftrage und auf Rechnung der Beklagten die Waare, und zwar auf eigenen Namen verkauft haben, worin gerade das Wesen des Kommissionsgeschäftes gelegen ist. — Die Einwendung der Beklagten, die Kläger haben ihrem Briefe zufolge nicht kommissionsweise verkauft, sondern selbst von den Beklagten gekauft, erweist sich aber auch noch von einem andern Stand-

punkt aus als unbegründet. Das fragliche Rechtsgeschäft ist als in Berlin abgeschlossen anzusehen und muß es deßhalb zufolge § 11 unseres Civilgesetzes nach dem deutschen Handelsgesetzbuche beurtheilt werden. § 376 dieses letztern schreibt nun vor, daß bei der Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, der Kommissionär befugt sei, sofern der Kommittent nichts Anderes bestimmt habe, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. Dem Geschäfte bleibt sonach auch nach dem Wortlaute des erwähnten Briefes das Wesen einer Kommission zum Verkaufe. Uebrigens ist der Brief wohl am natürlichsten dahin zu interpretiren, daß damit gesagt werden soll: Die Kläger haben zwar für Rechnung der Beklagten, aber in eigenem Namen gekauft; es seien daher, wie das Wesen und der Begriff des Kommissionsgeschäftes (Art. 360 des D. H.-G.-B.) es mit sich bringe, nur zwischen den Beklagten als Committenten und den Klägern als Kommissionären Rechte und Pflichten aus dem Verkaufe entstanden, nicht aber zwischen den Beklagten und den Käufern des Rüböls; mit andern Worten: Die Kläger übernehmen einerseits alle Verpflichtungen, welche den Beklagten aus dem Rübölverkauf erwachsen, anderseits aber treten sie auch in alle Rechte ein, welche den Käufern gegenüber den Verkäufern zustehen.

Bevor nun bestimmt werden kann, worin diese Rechte und Pflichten bestehen, ist der Haupteinwand der Beklagten zu prüfen, und daher zu erörtern, ob das abgeschlossene Geschäft als Spiel und Wette zu betrachten sei. Wenn die Beklagten aufmerksam machen, daß auch bei frühern zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäften niemals wirkliche Käufe beabsichtigt gewesen, sondern der Zweck derselben jeweils nur der gewesen, die Differenz des Preises der Waare zwischen dem Verkaufs- und dem Lieferungstermin in Rechnung zu bringen, so ist dagegen zu erinnern, daß die frühern Geschäfte als erledigt jetzt nicht zu berücksichtigen sind und daher nur das vorliegende allein streitige Geschäft Gegenstand der Beurtheilung sein kann. Die Beklagten beantragen Beweis dafür, es sei zwischen den Parteien verstandene Sache gewesen, daß in keinem Falle geliefert, sondern nur die Preisdifferenz vergütet werden müsse. Dieser Beweis ist jedoch unerheblich; einerseits können Motive und Absichten, die einem Vertragsabschlusse zu Grunde liegen, nicht Objekt der Beweisführung sein; anderseits verbietet das Gesetz (§ 635 des A. C.-G.), Verabredungen zu berücksichtigen, welche beim Vertragsabschlusse

getroffen, aber nicht in die schriftliche Verurkundung aufgenommen worden, und muß daher die Streitsache einzig nach den Briefen der Parteien vom 17. und 19. November 1869 entschieden werden. Durch ihren Brief vom 19. November haben sich die Beklagten selbst das Gesetz gemacht, und dieses Gesetz, bestehend in den in den Schlußscheinen der Berliner Makler enthaltenen Bestimmungen, sagt in § 1: „Das ver„kaufte Oel muß dem Käufer in nur einem Posten vom 100 „Centnern frei über die Waage und auf den Hof gegen baare „und ohne allen Abzug zu leistende Zahlung des bedungenen „Preises effektiv geliefert werden." Hieraus erhellt aber, daß es sich im Falle nicht um einen Scheinkauf, nicht um Spiel und Wette, sondern um einen wirklichen Kauf handle, dessen Vollzug durch effektive Lieferung der Waare verlangt werden kann. Freilich, weil der Kaufvertrag nur persönliche Rechte begründet, kann exekutionsweise nicht die Waare selbst behändigt werden, sondern es tritt in diesem Falle Schadenserſatzleistung für die Nichterfüllung ein. Wenn daher die Beklagten bei Beauftragung der Kläger zum Verkauf und Ankauf von Oel auch nur beabsichtigt, aus dem Fallen oder Steigen der Preise Gewinn zu ziehen, was am Ende bei den meisten Handelsgeschäften vorkommt, so haben sich dieselben immerhin Bedingungen gefallen lassen, welche das Geschäft dem Begriffe der Wette und des Spiels entrücken und welche ihre Beauftragten verpflichteten, im Falle des Verkaufes die verkaufte Waare wirklich zu liefern oder dann Schadensersatz zu leisten, wogegen im Falle des Ankaufes ihnen die Berechtigung zusteht, Lieferung der Waare oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen.

Handelt es sich nun darum, festzustellen, welche Rechte und Pflichten den Parteien aus der von ihnen eingegangenen Vereinbarung erwachsen, so ergibt sich, daß die Beklagten am 21. Mai 1870 die Kläger zum Ankaufe von 400 Centnern Oel ohne bestimmte Preisangabe beauftragt haben; für die übrigen 400 Centner liegt ein solcher Auftrag nicht vor; die Kläger waren aber zum Ankaufe dieses Quantums, welcher am 27., 28. und 30. Mai erfolgte, gleichwohl berechtigt. Nach § 360, Lemma 2 des D. H.-G.-B., lag den Klägern die Pflicht ob, den für Rechnung der Beklagten sub 17. November 1869 abgeschlossenen Verkaufsvertrag zu erfüllen. Weil aber der Verkauf nur im Auftrage der Beklagten geschah, so waren diese auch verbunden, den Klägern die Mittel zur Ausführung zu verschaffen. Da die Beklagten dies nicht thaten, so mußte es den Klägern gestattet sein, das zur Deckung nothwendige Oel selbst anzuschaffen, und

es sind ihnen die daherigen Kosten nach § 37 des citirten Gesetzes zu ersetzen, wenn, was nicht bestritten ist, der Ankaufspreis mit dem Börsen- oder Marktpreise übereinstimmt.

Die Beklagten sind daher verpflichtet, den Klägern die Forderung, die sie vermittelst des Klagbegehrens geltend machen, zu bezahlen. Zum gleichen Resultate müßte man gelangen, wenn man der Ansicht wäre, daß, wie die Beklagten wirklich behaupten, die Kläger weder die am 17. November aufgegebenen 800 Centner verkauft, noch im Mai 1870 ein gleiches Quantum eingekauft haben. Selbst wenn diese beklagtische Behauptung richtig wäre, müßte, wie oben gezeigt worden, nach § 376 des D. H.-G.-B., ein Kommissionsgeschäft als vorhanden angenommen werden. Im gleichen Paragraph ist bestimmt, daß in diesem Falle die Pflicht, Rechenschaft über Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt sei, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten worden sei. Von diesem Standpunkt aus sei anzunehmen, die Kläger haben am 17. November 1869 800 Centner zu 12 Rthlr. von den Beklagten gekauft und die Kläger seien, als sie im Mai von den Beklagten den Auftrag zum Ankaufe von 400 Centnern erhalten, berechtigt gewesen, diese Waare nach dem Börsenpreise zu liefern. Das Gleiche gilt, hinsichtlich der Ankäufe und Verkäufe, die am 27., 28. und 30. Mai stattfanden.

5. Provokationsklage.

(Urtheil vom 21. November 1872.)

§ 295 des aarg. Proz. schreibt vor, daß die Aufforderung zur Klage nicht zuläßig sei, wenn dem Aufforderer selbst die Klage gegen den Aufgeforderten zustehe. Mit Bezugnahme auf diese Vorschrift bestritt A. L. Hirsch-Guggenheim von Endingen, welchen der Besitzer eines Grundstücks wegen auf dasselbe erhobener Eigenthumsansprüche zur Klage provozirte, das Provokationsgesuch mit dem Anbringen, daß dem Provokanten selbst eine Klage, diejenige auf Anerkennung des Eigenthums gegeben sei. Wer aber einen Eigenthumsanspruch auf ein Grundstück erhebt, hat denselben vermittelst der Vindikationsklage geltend zu machen; der Besitzer einer Sache aber befindet sich nicht in der Lage diese Klage anzustellen, überhaupt nicht klagend auftreten zu müssen. Die im Fragefall allein anzustellende Klage steht also dem Provokanten nicht zu und erzeigt sich demnach das gegen Guggenheim gerichtete Provokationsgesuch als begründet.

6. Verbindlichkeit einer Schuldurkunde.

(Urtheil vom 22. November 1872.)

Gegen ein schriftlich ausgestelltes Schuldbekenntniß wurde die Einwendung erhoben, daß eine Pflicht zur Zahlung daraus nicht hergeleitet werden könne, weil in demselben keine Schuldursache (causa debendi) angegeben sei. Allein vom aargauischen Recht wird die Angabe eines besondern Verpflichtungsgrundes nicht verlangt und ist deßhalb anzunehmen, daß eine Schuldurkunde auch ohne Angabe eines solchen Grundes zur Zahlung der darin angegebenen Schuldsumme verpflichte.

7. Testamentsaufhebung.

(Urtheil vom 22. November 1872.)

In der letzten Willensverordnung, welche der Ehemann N. N. errichtete, traf er die Bestimmung:

„Da ich mit dem Betragen meiner Tochter und ihres Ehemannes nicht zufrieden sein kann, indem erstere Veranlassung zum Tode meiner verstorbenen Ehefrau gab und letzterer gerichtliche Verfolgungen gegen mich einzuleiten versuchte, so verordne ich, daß nach meinem Hinscheide:

„a. die Hälfte meines Vermögens meinem Sohne,
„b. ein Viertheil desselben den Kindern des Sohnes, und
„c. der letzte Viertheil den Kindern meiner Tochter zufallen solle."

Von der Tochter, deren Erbe Andern zugedacht wurde, und die deßhalb auf Aufhebung des Testaments Klage führte, wurde unter Anderm geltend gemacht, daß die letzte Willensverordnung schon deßhalb als ungültig dahinfallen müsse, weil das Gesetz, § 919 des allg. b. G., eine ausdrückliche Enterbung verlange, eine solche aber im Testamente nicht ausgesprochen werde.

Mit Recht wurde jedoch von den Beklagten die Ansicht vertheidigt, daß das Testament eine formell gültige Enterbung der Tochter enthalte. Allerdings wird die letztere nicht expressis verbis enterbt. Allein vom Erblasser wird ein bestimmter Enterbungsgrund angeführt (die Frage, ob derselbe nachgewiesen und überhaupt ein gesetzlicher Enterbungsgrund sei, soll hier nicht zur Erörterung kommen) und werden andere Erben an die Stelle der Tochter gesetzt, was offenbar einer ausdrücklichen Enterbung gleichkommt.

Bei Erledigung dieser Sache wurde noch entschieden, daß § 919 des allg. b. G. die Enterbungsgründe nicht abschließe, sondern daß auch noch die Thatsache, an welche § 923 unter der daselbst angeführten Bedingung den Verlust des Erbanspruchs knüpfe, in gleicher Weise als Enterbungsgrund gelte, wenn er in der letzten Willensverordnung als solcher geltend gemacht und nachgewiesen werde.

APERÇU
en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque * sont particuliers au Jura bernois.

Mars 1872.

1. *Serment référé. Valeur de la déposition.* — La veuve Römer née Murset avait actionné sa bru, Marianne Römer née Bachmann, en payement d'une somme de fr. 400 que la demanderesse avait prêtée à son fils Frédéric quelque temps avant la mort de ce dernier. Pour prouver ce prêt, elle déféra le serment à la défenderesse. Celle-ci référa ce serment et éventuellement elle allégua que la somme réclamée avait été restituée par son mari défunt à sa mère soit en espèces soit autrement. A l'appui de cette libération elle déféra de son côté le serment décisoire à la demanderesse qui dans la réplique déclara référer ce serment. — Lors de l'apport des preuves la demanderesse affirma la réalité du prêt de fr. 400. Par contre la défenderesse déclara ignorer les circonstances de cette affaire, ajoutant qu'elle avait pris les informations à sa disposition pour s'assurer du fait de la libération et qu'elle avait simplement la conviction que l'argent avait été rendu. Dans ces circonstances les conclusions en payement furent reconnues non fondés et la Cour dans ses motifs admit que le fait libératoire de remboursement étant personnel à la demanderesse, c'était à elle à l'établir; qu'en référant le serment elle s'en remettait à sa partie adverse, que celle-ci, qui n'avait pas participé directement à l'acte, était autorisée par la loi à invoquer son ignorance, que du moment où elle expliquait les raisons sur lesquelles se basati

sa conviction, elle avait satisfait aux dispositions de l'art. 261 C. pr. civ., et que partant le fait libératoire devait être considéré comme constant. (Rosine Römer contre Marianne Römer; 8 Mars.) *)

2. *Poursuites. Saisie nouvelle. Opposition.* — Les frères Vautier avaient à réclamer à Ab. Stettler fr. 584. 90; pour s'en couvrir ils firent le 1er Avril 1871 asseoir une saisie sur 35 muids de cidre. Le 27 Juin 1871, jour fixé pour la vente des gages, il n'y eut pas d'amateurs, et le 1er Juillet suivant le greffier dressa un état de collocation, par lequel le cidre saisi fut attribué aux Vautier pour les deux tiers de sa valeur. Le 2 Juillet cet état de collocation fut envoyé au fondé de pouvoirs des créanciers qui, selon mandat reçu, refusa au greffe cette collocation par acte du 11 Juillet 1871, tous droits ultérieurs réservés. Le 17 Juillet même année le mandataire des Vautier fit procéder à une nouvelle saisie contre le débiteur Stettler. Celui-ci forma opposition, prétendant que la nouvelle saisie était contraire aux art. 457 et 537 C. pr. civ., que les créanciers étaient payés par la collocation et que leur refus de l'accepter était tardif et non recevable; il conclut à la cassation des nouveaux actes de poursuites. Les défendeurs Vautier soulevèrent d'abord une exception péremptoire basée sur ce que l'opposition n'avait pas été faite à l'huissier dans les quatre jours après la saisie et qu'elle n'avait pas été suivie d'une assignation dans le même délai. Au fond ils soutenaient que le mode de procéder dans les nouvelles poursuites était légal et régulier. Le juge de première instance avait adjugé l'exception de non recevabilité. Mais la Cour modifia ce jugement parce que, dans l'espèce, il s'agit d'une procédure spéciale rentrant dans la catégorie de celles de l'art. 453 C. pr. civ., et pour l'exercice de laquelle les délais rigoureux n'ayant pas été ordonnés par la loi, on retombe dans la règle ordinaire. — Au fond la Cour débouta Stettler de son opposition par les motifs que le créancier saisissant n'assistait pas à la vente annoncée, qu'il n'était pas tenu d'y porter présence en personne, que l'art. 536 C. pr. civ. n'exige pas que le créancier poursuivant et qui refuse la distribution le fasse séance tenante et sous peine d'être considéré comme satisfait, et que dès lors la saisie faite après refus au greffe et dans un délai assez rapproché n'avait rien

*) Vide pag. 65.

de contraire à la loi. (Abraham Stettler contre Vautier frères; 15 Mars.)

Avril 1872.

3. * *Opposition à la liquidation. Productions. Conversion de rente.* — Dans la liquidation de la succession vacante de J. Grossmann à Neuveville, un grand nombre de créanciers produisirent leurs réclamations par l'intermédiaire du caissier communal Emile Wyss, auquel ils avaient donné mandat ou procuration. La veuve Strasser, belle-mère de Grossmann, réclama également le montant des arrérages d'une rente viagère de fr. 500 et en outre elle demanda soit le prélèvement d'un capital pour la garantie de cette rente, soit la conversion de celle-ci en une somme à distraire de l'actif de la masse. Dans le projet d'ordre et de collocation les productions faites par Emile Wyss furent admises comme valables, la veuve Strasser fut colloquée pour les arrérages échus, mais elle fut déboutée de sa demande de conversion de rente ou de garantie du service des intérêts. Elle forma opposition à ce projet d'ordre pour diverses raisons, notamment: *a.* parce qu'on avait colloqué la caisse d'épargnes, créancière hypothécaire, sur des loyers pour une somme de fr. 400; *b.* parce qu'on avait admis comme régulières les productions faites par l'intermédiaire d'un mandataire non patenté, et c. parce que sa réclamation quant à la rente n'avait pas été prise en considération. — En première instance le Juge accueillit ces divers points d'opposition. La Cour, par son arrêt du 18 Avril 1872, statua de la manière suivante:

I. *Quant au chef concernant la collocation sur le prix de loyers.*

Considérant:

1. Que les loyers des maisons sont des fruits civils (art. 584 C. c. br.) et que comme tels ils rentrent dans la catégorie des *meubles* par la détermination de la loi (art. 529 ibid.);

2. Que d'après les art. 2118 et 2119 dudit Code, les meubles n'ont pas de suite par hypthèque et que partant la caisse défenderesse a été indûment colloquée, puisqu'elle n'avait aucun droit de préférence sur une somme d'argent qui, par sa nature, appartient à la masse chirographaire.

II. *Quant au chef touchant les productions par simple mandataire.*

Considérant:

1. Qu'au point de vue matériel les réclamations des créanciers défendeurs ne sont pas contestées, et que, sauf en ce qui concerne A. C. Pétermann, elles sont justifiées par les moyens probatoires joints aux actes;

2. qu'il s'agit uniquement, en l'espèce, de rechercher si la production faite par l'intermédiaire du S[r] Emile Wyss, répond au vœu de la loi;

3. qu'une production dans une liquidation soit ordinaire soit de succession vacante, n'est qu'un acte conservatoire et ne constitue pas une poursuite dans le sens strict de l'art. 414 C. pr. civ. bern.;

4. que, d'une part, l'art. 576 C. pr. civ. est conçu en termes généraux, qu'il exige la remise au greffier d'un acte renfermant certaines indications déterminées, mais qu'il ne dit pas que le créancier est tenu de rédiger lui-même cet acte ou de le faire rédiger par un fondé de pouvoirs patenté;

5. que, d'autre part, il ressort de la teneur et de l'esprit de l'art. 526 dudit Code que la loi n'a pas entendu limiter en faveur des mandataires patentés, le droit de créancier de confier cette production à un fondé de procuration lorsqu'il ne le fait pas personnellement;

6. que s'il en était autrement et au vu de la peine édictée, la loi se serait formellement exprimée à cet égard;

7. qu'enfin, par l'avis du 27 Nov. 1869, les créanciers de J. Grossmann ont été invités à adresser leurs réclamations à M. Em. Wyss et qu'aujourd'hui celui-ci prouve que, par des procurations expresses, il a été chargé de soigner les productions attaquées.

III. *Quant au chef concernant Pétermann.*

Considérant:

1. Que ce créancier a produit sans justifier de sa réclamation par un extrait *vidimé* ou authentique de son titre de créance;

2. que sa production n'est point conforme aux prescriptions de l'art. 577 C. pr. civ. et doit en conséquence être réputée non avenue.

IV. *Quant au chef relatif à la garantie de la rente.*

Considérant:

1. Que la rente constituée n'est plus méconnue en principe et qu'il n'y a plus lieu de s'enquérir si J. Grossmann était tenu de cette dette;

2. que les droits de la veuve Strasser ont été formellement réservés dans son acte de production;

3. que le mode à suivre pour assurer le service de la rente est légalement déterminé par l'art. 1978 C. civ. fr., aux termes duquel le crédit-rentier a le droit de faire ordonner ou consentir sur le produit de la vente des biens de son débiteur l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages;

4. que, toutefois, la créancière ne peut réclamer ces arrérages qu'en proportion de la masse active des biens du débiteur;

P. C. M.

La Cour a décidé qu'un créancier hypothécaire ne pouvait pas être colloqué sur le montant de loyers, que les productions ne doivent pas nécessairement émaner d'un fondé de pouvoirs patenté pour être valables, qu'elles devaient néanmoins être étayées de moyens de preuve légaux, et que c'était à bon droit que la veuve Strasser réclamait de la masse de mettre à part un capital dont l'intérêt correspondrait au dividende qu'elle avait à percevoir pour sa rente. (Caisse d'épargnes de Cerlier et consorts contre veuve Strasser; 18 Avril.)

4. *Succession d'un interdit. Exception fori-déclinatoire. Intervenant. Demande de sûretés.* — Par un exposé de demande du 8 Juillet 1871 les frères Keller ont actionné l'autorité tutélaire de Duggingen, district de Laufon, et ils concluent à ce que celle-ci soit condamnée à leur faire délivrance de l'hérédité de leur sœur, femme Meili née Keller, décédée en 1868, sans postérité. A l'audience où cet exposé fut produit, l'autorité tutélaire de Duggingen déclara qu'elle remettrait l'hoirie en litige à celui qui avait le meilleur droit et que les

autorités judiciaires d'Arlesheim prétendant que cette hérédité leur revenait, il y avait lieu d'attendre le résultat de leur intervention. Celle-ci eut lieu séance tenante de la part des Bezirksämter d'Arlesheim, lesquels, après avoir acquiescé à une demande à fins de sûreté des frais du procès, présentée par les frères Keller, requirent terme à nonveau pour tel acte que de droit.

Par signification du 20 Sept. 1871 les Aemter d'Arlesheim firent notifier aux frères Keller qu'ils contestaient la compétence du Juge bernois pour statuer sur la question de savoir à qui devaient être remis les biens délaissés par la femme Meili. Ils alléguèrent à l'appui de cet incident que le mari Meili ayant quitté le Canton de Bâle-Campagne sans satisfaire ses créanciers, où il avait été déclaré en faillite, les biens délaissés par sa femme devaient revenir à ces créanciers, puisqu'elle était décédée dans le Canton de Bâle-Campagne et que par le contrat de mariage de ces époux le survivant devenait héritier du prédécédé. En même temps les Aemter conclurent ä ce que les Keller, demandeur au principal, soient condamnés, comme non-domiciliés dans le Canton de Berne, à fournir des sûretés pour les frais du procès. Les frères Keller conclurent au débouté de ces diverses conclusions incidentes.

En première instance, le Juge de Laufen débouta les Aemter de leurs conclusions fori-déclinatoires et leur adjugea celles prises relatives aux sûretés à fournir.

Par son arrêt du 27 Avril 1872 la Cour confirma ce jugement par les motifs suivants:

a. Quant au déclinatoire: Qu'il ressort des actes que la femme défunte était interdite, que son domicile légal était en conséquence celui de son tuteur bernois, que ce domicile faisait règle pour la qnestion de juridiction anx termes des art. 118 et 110 C. C. fr. et 11 et 15 C. pr. civ. b ; qn'an surplus la fortune réclamée se trouvait sise dans notre Canton et qn'il est dans la nature des choses que c'est devant les antorités de ce dernier Canton et non devant celles de Bâle-Campagne que les Aemter doivent s'adresser ponr le litige au fond;

b. Quant aux sûretés: Que les frères Keller n'ont pas de domicile dans le Canton de Berne; qu'ils sont demandeurs originaires au procès; qne par l'intervention des Aemter le procès au fond n'est pas anéanti, qn'il n'est que suspendu; que l'intervention dans l'espèce n'a que la nature de la mise

en cause du véritable défendeur et n'a dès lors pas pour effet de modifier la position originaire des parties. (Bezirks-Aemter de Arlesheim contre frères Keller; 27. Avril.)

5. **Légitimation tardive au procès. Non-recevabilité des faits.* — Dans un procès touchant la nullité d'un testament, la partie demanderesse avait négligé d'articuler les faits à l'appui de sa légitimation comme héritière ou comme habile à succéder au testateur. Elle voulut réparer cet oubli dans la réplique, mais ensuite des critiques soulevées à l'égard des faits ainsi nouvellement articulés, il fut reconnu que la demanderesse n'était pas recevable à procéder ainsi et que ces nouveaux faits ne devaient pas être pris en considération au procès. (Aimé Gauchat contre Fréd. Racine; 27 Avril.)

Mai 1872.

6. **Demande en reconvention. Frais. Sûretés.* — Le défendeur au principal qui présente une demande reconventionnelle n'est pas, par ce fait seul, tenu de fournir à son adversaire des sûretés pour les frais du procès. (A. L. Sunier, G. Wydler; 2 Mai.)

7. **Hérédité. Testament. Expertise atramentaire.* — Dans le cours d'un procès en partage d'hérédité, une intervention fut poursuivie à la requête de prétendus institués testamentaires. La partie défenderesse au principal acquiesça aux conclusions des intervenants. Mais les demandeurs contestèrent la vérité du testament olographe, sur lequel ces derniers basaient leurs droits. Une expertise atramentaire eut lieu notamment par la comparaison de signatures et d'écritures émanant indubitablement du défunt. Les experts dans leur rapport estiment que le testament en question n'a pas été écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, Au vu de ce résultat, le Juge de première instance, qui avait suspendu son prononcé, compléta l'ordonnance sur les preuves en écartant le testament attaqué comme moyen probatoire à l'appui des prétentions des intervenants. La réclamation de ceux-ci n'avait plus de raison d'être, et il semble qu'au vu du rapport d'experts ils auraient dû se désister. Il n'en fut pas ainsi; ils cherchèrent à détruire par des présomptions l'effet de l'expertise atramentaire. Mais, en première instance comme en appel, il fut reconnu que le testament ayant été déclaré apocryphe,

les conclusions des intervenants ne reposaient plus, ni en la forme ni au fond, sur aucune base sérieuse. (Héritiers Turberg contre héritiers Henzelin; 3 Mai.)

8. *Mur de soutènement. Par qui doit être entretenu.* — Le long d'un chemin aboutissant à la grande route de Berne à Neuchâtel, et appelé le Brunnenweg, il existe d'ancienneté un mur de soutènement qui garantit plusieurs parcelles de vignes contre l'influence des eaux et autres causes de dégradation. Ce mur a été dernièrement réparé par le propriétaire de la parcelle de vigne, le long de laquelle il est construit. Ce propriétaire actionna les sept possesseurs des parcelles supérieures en payement proportionnel du prix des réparations. Il invoquait notamment à l'appui de sa demande un état de répartition dressé le 18 Juin 1771 entre les divers prépossesseurs de vignes lieu dit Mauerreben. Six des défendeurs acquiescèrent à la demande; mais la nommée Anna Schwab, qui possède la parcelle la plus éloignée du mur, contesta toute obligation de participation et toute force probante à l'acte de 1771. Il fut reconnu en justice que ce dernier acte n'est pas constitutif d'un droit grevant comme charge réelle l'immeuble de la défenderesse, et que celle-ci était d'autant moins tenue à participer aux frais réclamés qu'il résultait des preuves que le mur en question n'était ni nécessaire ni utile à sa parcelle de vigne. (Jacob Schwab contre Anna Schwab; 3 Mai).

9. **Provocation à la demande. Non recevabilité.* — Le Sr Perinat, propriétaire de la scierie sise au bas du village de Courrendlin, avait fait citer en conciliation les frères Broquet, propriétaires du moulin sis au dit village, pour qu'il soit reconnu qu'ils n'ont pas le droit d'apporter des changements aux eaux de la Birse servant au roulement des deux usines respectives. La tentative de conciliation ayant échoué le 20 Novembre 1871, les parties procédèrent en commun le 20 Décembre suivant à l'apport d'une preuve à futur. Puis les frères Broquet firent assigner Perinat en provocation d'instance, prétendant qu'ils ne pouvaient pas eux-mêmns se constituer demandeurs. Le Juge de Moutier accueillit ces conclusions en provocation. Mais la Cour les rejeta par les motifs suivants:

1. Qu'abstraction faite du point de savoir si les provoquants ont ou non un intérêt majeur à ce que l'instance soit introduite de suite, il est certain que l'une et l'autre des

parties en cause prétendent avoir des droits sur les eaux de la Birse pour le roulement de leurs usines respectives;

2. que ces droits rentrent dans la catégorie de ceux appelés réels immobiliers;

3. que pour la revendication en justice de droits de cette nature, toute partie intéressée peut elle-même se constituer demanderesse;

4. qu'en conséquence les provoquants ne se trouvent pas au bénéfice du n° 4 de l'art. 323 du Code de procéd. civ. (Alexis Perinat contre Broquet frères; 4 Mai.)

Literarische Anzeige.

Dr. Achilles Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig und Heidelberg. Winter'sche Verlagshandlung. 1873.

Fast alle bisherigen Bearbeiter des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts haben die neueren deutschen und schweizerischen Civilprozeßgesetze, in denen viele wichtige, von der Prozeßpolitik geforderte Reformen zur Verwirklichung gelangt sind, gänzlich unbeachtet gelassen. Durch diese unnatürliche Lostrennung der partikularen Prozeßrechte von ihrem gemeinsamen Stamme mußte das Studium und Verständniß derselben nothwendig sehr erschwert werden. Von dem richtigen Gedanken geleitet, daß das gemeine Recht stets die Grundlage der Civilprozeßstudien bleiben werde, hat der Verfasser des vorliegenden Lehrbuchs mit seiner in jeder Beziehung ausgezeichneten Darstellung des gemeindeutschen Prozeßrechts eine vergleichende Berücksichtigung der neueren deutschen und schweizerischen Prozeßordnungen verbunden und so ein Werk geschaffen, welches vorzugsweise geeignet erscheint, das tiefere wissenschaftliche Verständniß der letzten zu vermitteln und zu fördern. Wir können daher das treffliche Buch nicht nur den Studirenden, sondern auch unseren Praktikern bestens empfehlen.

S.

Stämpfli'sche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 7.

Januar 1873.

Ueberſicht der Rechtſprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kaſſationshofes des Kantons Bern.

Juni 1872.

1) Mündliche Verabredungen bei ſchriftlichen Verträgen ſind ohne rechtliche Wirkſamkeit.

Mützenberg gegen Hofſtetter.

(7. Juni 1872.)

Den 20. April 1869 trat Wittwe Regez zu Erlenbach ihren zwei Söhnen und ihrem Tochtermanne Hans Hofſtetter im Heuſtrichbade verſchiedene Liegenſchaften ab, und zwar für die Grundſteuerſchatzung. In dem ſpäteren Prozeſſe behauptete der Kläger, die Wittwe Regez habe ſich nur unter der Bedingung dazu verſtanden, dieſen Preis zu Grunde zu legen, daß auch ihr bei allfällig ſpäter eintretendem Theilungsfalle das Recht eingeräumt werde, ebenfalls Liegenſchaften zum Preiſe der

Grundsteuerschatzung zu übernehmen. In den Vertrag sei diese Verabredung aus Schicklichkeitsgründen nicht aufgenommen worden, da es sich nicht gezieme, die Wiederverheirathung der Wittwe vorauszusetzen. Im November gleichen Jahres trat die Wittwe mit Herrn Mützenberg in eine zweite Ehe, in Folge wessen der Theilungsfall wirklich eintrat. Der Ehemann als Vertreter der gewesenen Wittwe Regez wollte nun das Recht geltend machen, in erster Linie Liegenschaften zum Preise der Grundsteuerschatzung zu übernehmen, allein Parteien konnten sich über die Ausübung desselben nicht einigen, und schließlich wurde es sogar von einem der Theilungsberechtigten, Herrn Hofstetter, gänzlich bestritten. Herr Mützenberg trat daher klagend gegen ihn auf und stellte folgendes Begehren an's Recht:

Es sei gerichtlich zu erkennen, Herr Hofstetter sei schuldig zuzugeben, daß in der Theilung, welche infolge Wiederverehelichung der Frau Wittwe Regez zwischen ihrem nunmehrigen Ehemann, Herrn Mützenberg, und ihren Kindern erster Ehe abzuschließen ist, dem Umstand Rechnung getragen werde, daß die Kinder Regez eine Menge Liegenschaften um die Grundsteuerschatzung bereits heraus erhalten haben; ferner schuldig zuzugeben, daß dem Herrn Mützenberg in dieser Theilung nun in ähnlichem Verhältnisse und in gleicher Werthbestimmung Liegenschaften zugetheilt werden, unter Kostenfolge.

In seiner Hauptvertheidigung bestritt der Beklagte, jemals seiner Schwiegermutter oder ihrem nunmehrigen Ehemanne, Herrn Mützenberg, eine verbindliche Zusicherung in dem klägerischer Seits behaupteten Sinne gegeben zu haben. Zudem würden derartige Zusicherungen sich auf Werth und Preis von Liegenschaften bezogen haben, welche bei einer Wiederverheirathung Gegenstand einer Theilung werden könnten. Zur gültigen Abschließung solcher Verträge über Liegenschaften sei aber unter allen Umständen deren schriftliche Abfassung nothwendig, und eine solche habe niemals stattgefunden.

Das Amtsgericht von Niedersimmenthal wies durch Urtheil vom 18. Oktober 1871 Kläger mit seinm Rechtsbegehren ab und schlug die Kosten wett. Hiegegen erklärten beide Parteien die Appellation, Hofstetter jedoch nur mit Bezug auf den Kostenpunkt.

Der Appellations- und Kassationshof bestätigte das erstinstanzliche Urtheil in allen Theilen und legte dem Appellanten die oberinstanzlichen Kosten auf.

Motive:

1) Daß der Kläger, Gerichtspräsident Mützenberg, als nunmehriger Ehemann der gewesenen Wittwe Regez geb. Marmet, sein Klagsbegehren wesentlich auf die Behauptungen stützt: bei Abschluß des unterm 23. April 1869 zwischen Wittwe Regez und ihren drei Kindern, worunter die Tochter Karoline, Ehefrau des Beklagten, Hans Hofstetter, zu Stande gekommenen Abtretungsvertrags seien die Interessenten allseitig damit einverstanden gewesen, daß ein großer Theil der abgetretenen Liegenschaften einen höhern Werth habe, als die Grundsteuerschatzung, daß die Uebernehmer in Wirklichkeit größere Vermögenswerthe erhielten, als die Anschlagspreise betrugen, und daß deßhalb Frau Regez geb. Marmet bei einer allfälligen Theilung zwischen ihr und ihren Kindern berechtigt sein solle, zur Ausgleichung dieses Unterschieds Liegenschaften ebenfalls im Grundsteuerschatzungswerthe oder in verhältnißmäßig gleich billigem Anschlagspreise, wie die den Kindern abgetretenen, zu erheben, und daß im Ferneren bei der Verabredung des zwischen Herrn Mützenberg und Wittwe Regez einige Zeit vor deren im November 1869 stattgehabten Eheabschluß errichteten Ehetags, und auch bei andern Anläßen, Herr Hofstetter die früher seiner Schwiegermutter gegebene Zusicherung, daß sie berechtigt sein solle, bei eintretendem Theilungsfall verhältnißmäßig Liegenschaften um die Grundsteuerschatzung vorweg nehmen zu können, wiederholt habe;

2) daß jedoch der Beweis dieser, Seitens des Klägers behaupteten, aber vom Beklagten in Abrede gestellten Zusicherungen, namentlich soweit es den letzteren betrifft, gänzlich mißlungen ist, indem:

a. aus den Aussagen der über diese angeblichen Zusicherungen abgehörten Zeugen zwar hervorgeht, daß bei dem Abschluß der notarialisch verschriebenen Abtretung Wittwe Regez das Verlangen gestellt hatte, daß ihr bei einer allfällig eintretenden Theilung zwischen ihr und ihren Kindern Liegenschaften im Grundsteuerschatzungsanschlag zugetheilt würden;

b. auch von dem als Zeugen einvernommenen Sohne der Abtreterin, Hans Regez, ausgesagt worden ist, er sei mit dem Verlangen seiner Mutter einverstanden gewesen und habe dafür gehalten, dieß sei auch bei den übrigen Interessenten der Fall;

c. dagegen weder dieser noch irgend ein anderer Zeuge ausgesagt hat, daß sich Herr Hofstetter, sei es bei der Theilung, sei es bei einem spätern Anlaß mit dem Verlangen der Frau Regez wirklich einverstanden erklärt habe;

3) daß übrigens eine bei Anlaß der Abschließung und Verschreibung der Abtretung im Sinne der Behauptungen des Klägers stattgehabte mündliche Verabredung keine verbindliche Wirkung haben würde, indem nach Satzung 691 c. bei schriftlichen Verträgen auf Verabredungen keine Rücksicht zu nehmen ist, welche vor oder während der Abfassung der Urkunde zwischen den Vertrag schließenden Theilen stattgefunden haben mögen, wenn dieselben nicht in die Urkunde aufgenommen worden sind und die hier in Frage stehende Verabredung nicht in den Abtretungsvertrag aufgenommen worden ist, weil Herr Hofstetter nach den eigenen Anbringen des Klägers seine Zustimmung zu deren Aufnahme ausdrücklich verweigert hat;

4) daß auch der vom Kläger geltend gemachte Grund, daß das von ihm gestellte Begehren, abgesehen von den Seitens der Kinder der Frau Regez und des Herrn Hofstetter angeblich gemachten Zusicherungen auf Recht und Billigkeit beruhe, welche forderten, daß bei einer Theilung zwischen Mutter und Kindern die Mutter nicht benachtheiligt werde, nicht stichhaltig ist, indem bei der Liegenschaftsabtretung vom 23. April 1869 der Anschlagspreis der abgetretenen Liegenschaften mit Zustimmung sämmtlicher Kinder festgesetzt wurde, mithin eine Wittwe, auch wenn sie Kinder hat, in ihrer Verfügungsbefugniß, soweit es sie selbst betrifft, nicht beschränkt ist, indem die Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1847 lediglich zum Schutz der Kinder aufgestellt sind, diese Preisbestimmung für Frau Regez und ihren nunmehrigen Ehemann verbindlich und eine abgethane Sache ist, die bei der nun abzuschließenden Theilung in keiner Weise und namentlich nicht im Sinne des Klägers berücksichtigt werden kann, da die Grundsteuerschatzung von Liegenschaften bei der Werthbestimmung der letzteren in streitigen Fällen nicht maßgebend ist.

2) Cassationsbegehren eines Vollziehungsbefehls in Wechselsachen abgewiesen, weil materiell unbegründet und formell unzuläßig.

Biancone gegen Wiedmer.

(7. Juni 1772.)

Paul Biancone schuldete Herrn Wiedmer die Summe von Fr. 1525. 50, und behauptete, von dieser Schuld im Lauf des

Herbstes 1870 Fr. 1390 bezahlt zu haben, und zwar Fr. 550 in baarem Gelde am 26. September. Zur Deckung des restanzlichen Guthabens des Wiedmer von Fr. 135. 50 habe er diesem einen Wechsel von Fr. 380 zugestellt und der daherige Ueberschuß habe ihm nach Eingang ausgehändigt werden sollen. Als nun dieser Wechsel vom Bezogenen nicht acceptirt wurde, habe Wiedmer gegen ihn, Biancone, den Regreß genommen und einen Vollziehungsbefehl ausgewirkt, und zwar für den vollen Betrag von Fr. 380, obschon er in Wirklichkeit nicht mehr als Fr. 135. 50 schuldig gewesen sei.

In seiner Vertheidigung bringt Wiedmer an: Biancone habe ihm die erwähnte Zahlung von Fr. 550 in der Art geleistet, daß er ihm den fraglichen Wechsel von Fr. 380 und außerdem Fr. 170 in baarem Gelde gegeben habe. Die gegnerischen Angaben seien daher durchaus unwahr.

Gestützt auf das ungünstige Resultat der Beweisführung wurde Biancone in beiden Instanzen abgewiesen und zu den Kosten verurtheilt.

Motive:

1) Daß Paul Biancone das Kassationsbegehren, das er dem Seitens des Wiedmer für den Betrag von Fr. 380 und Folgen gegen ihn erlassenen Vollziehungsbefehl entgegensetzt, auf die Behauptung gründet, er habe dem Wiedmer auf Rechnung eines ihm schuldig gewesenen Betrags von Fr. 1525. 50 verschiedene Baarzahlungen, worunter am 26. September 1870 eine von Fr. 550 — im Gesammtbetrag von Fr. 1390 — gemacht und ihm für die Restanz von Fr. 135. 50 einen Wechsel von Fr. 380 zugestellt, so daß ihm der Ueberschuß im Fall des Eingangs des Wechsels habe eingehändigt werden und der Wechsel, in dem nun eingetretenen Fall des Nichteingangs, einfach als zum Incasso abgegeben habe angesehen und er, Biancone, nur für die entstehenden Spesen habe belastet werden sollen;

2) daß dem Biancone jedoch der Beweis dieser Behauptung mißlungen ist, indem Wiedmer, dem ersterer darüber den Eid zugeschoben hat, bei seiner Abhörung erklärt hat, es sei unwahr, daß ihm Biancone eine Zahlung von Fr. 550 in baarem Gelde gemacht habe, vielmehr habe derselbe die fragliche Zahlung mit nur Fr. 170 baaren Geldes und dem erwähnten Wechsel von Fr. 380 geleistet;

3) daß demnach, da sich durch das Beweisverfahren, das einzige thatsächliche Fundament, auf welches Biancone sein Kas-

sationsbegehren gründet, als unrichtig dargestellt hat, letzteres schon deßhalb und abgesehen von der Frage, ob Biancone durch die Unterlassung auf die an ihn erlassene Wechselaufforderung hin den Wechselbetrag rechtzeitig zu deponiren, jedes Bestreitungsrecht verloren habe, als vollkommen unbegründet erscheint;

4) daß übrigens, selbst wenn die thatsächliche Behauptung des Biancone sich erwahrt hätte, das Kassationsbegehren ihm nicht zugesprochen werden könnte, weil nach § 102 der im Kanton Bern geltenden schweizerischen Wechselordnung keine andere materielle Einrede gegen eine Wechselforderung zuläßig ist, als die der Zahlung oder die des Erlasses, wenn dieselben dem Berechtigten unmittelbar gegen den Kläger zustehen, von welchen Einreden Biancone betreffs des in Frage stehenden Wechsels von Fr. 380 keine geltend gemacht oder bewiesen hat.

3) Transport nach den Bestimmungen des Spezialtarifes einer Eisenbahn. Beweis. Haftbarkeit für Manco.*)

Giraud-Faure gegen schweizerische Westbahn.

(8. Juni 1872.)

Am 2. Juni 1870 sandte Herr Grosbon in Belleville per Eisenbahn an die Weinhandlung Giraud-Faure in Bern 59 Fässer Beaujolais. Als diese Weinsendung am 11. Juni anlangte, zeigte sich ein Manco von 673 Schweizermaaß, welcher von Herrn Tobias Saxer, Küfermeister und beeidigter Schätzer, konstatirt wurde. Nach der Erklärung dieses Experten rührte derselbe hauptsächlich von der Hitze und dem Winde her, welche die alle Zufällen der Witterung ausgesetzten Fässer beschädigt haben. An 5 Fässern seien ferner die ursprünglichen Spunten verändert, andere seien auf der Seite angebohrt worden. Die Zahl der beschädigten Fässer belaufe sich auf 47.

Die Weinhandlung Giraud-Faure verlangte nun von der schweizerischen Westbahn für den Manco, die Reparatur der beschädigten Fässer und Kosten der Expertise die Summe von Fr. 690. 95. Dazu die Zinsen à 5 % vom 11. Juni 1870 bis zur Bezahlung.

Die Beklagte bestritt die Verpflichtung zum Schadensersatz hauptsächlich aus folgenden Gründen: Die Mängel, welche sich an der fraglichen Weinsendung gezeigt hätten, können ihr nicht

*) Siehe Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts III, p. 59.

zur Last gelegt werden, da sich aus dem Befinden des Herrn Sazer ergebe, „daß das Ausrinnen von Wein vorzugsweise von der Hitze und dem Wind herrühre, wodurch die sonst ziemlich gut conditionnirten Fässer zerstört worden seien.“ Ferner enthalte der Frachtbrief des Versenders die ausdrückliche Ordre, daß die Waare unter den Bedingungen des Spezialtarifs spedirt werde. Diese Ordre finde sich auf dem erwähnten Frachtbriefe wie üblich in den Worten ausgedrückt: Tarif spécial (T. S.). Die Abweichungen desselben von dem ordentlichen — Tarif général — bestünden im Wesentlichen:

a. In einer billigeren Transporttaxe;

b. in dem Transporte in offenen Waggons, und

c. in der durch diese beiden Momente wohl selbstverständlich bedingten wesentlichen Einschränkung der Garantiepflicht der betreffenden Bahnverwaltungen im Falle von Beschädigung der Waare auf dem Transport. In deutscher Uebersetzung laute namentlich der Art. 13 des erwähnten Spezialtarifs dahin: Die Bahngesellschaft ist für den Schaden nicht verantwortlich, welchen der in Fässern transportirte Wein in offenen Waggons durch die Einwirkungen der Temperatur, wie Hitze u. s. w. erleidet.

Bezüglich der Anwendbarkeit des mehrerwähnten Spezialtarifes und seiner Beziehungen zum allgemeinen Tarif finden folgende Grundsätze Anwendung:

1. Den Lieferanten von Waaren stehe es unbedingt frei, zu verlangen, daß der Transport in gedeckten Wagen stattfinde.

2. In diesem Falle geschehe die Spedition nach den Bedingungen und Preisen des allgemeinen Tarifs.

3. Die durch die Bedingungen des Spezialtarifs nicht modifizirten Bedingungen des allgemeinen Tarifs blieben auch auf die Spedition von Waaren anwendbar, welche unter den Bedingungen des Spezialtarifes erfolge.

4. Der Spezialtarif, dessen Bedingungen, Preise rc. seien nur dann anwendbar, wenn der Versender der Waare die Ordre zum Transporte nach dem Spezialtarife ausdrücklich und zum Voraus ertheile, respektive diese Transportform in seiner Deklaration ausdrücklich verlange.

Hieraus folge und werde von der Beklagten thatsächlich festgestellt:

1. Die Anwendung des Spezialtarifs finde nur auf ausdrückliches vorausgehendes Verlangen des Versenders statt, und

es stehe ihm daher vollkommen frei, diese Transportart zu ordonniren.

2. Wenn diese Ordre erfolgt sei, so sei die Bahnverwaltung verpflichtet, den Transport der betreffenden Waare unter den Bedingungen des Spezialtarifs anzuordnen und auszuführen, nämlich um die darin aufgestellten Preise, jedoch in offenen Waggons und ohne Garantie für Schädigungen, welche die auf diese Weise transportirte Waare durch die Einwirkungen der Temperatur erleide.

3. Durch die Ordonnirung des Transportes nach dem Spezialtarife unterwerfe sich der Versender den Bedingungen des letztern und dessen Wirkungen. Die Bahnverwaltung dagegen werde gegenüber dem individuellen Versender, infolge seiner Ordre, auf den Spezialtarif verpflichtet, und es liege zwischen beiden ein reines kontraktliches Verhältniß vor, das zwischen ihnen einzig und allein Regel mache.

Unter diesen Bedingungen nun sei die fragliche Waarensendung von der französischen Abgabestation nach der 207 Kilometer davon entfernten Station Genf spedirt worden und es habe gleich bei Ankunft der fraglichen Waare in Genf eine Untersuchung derselben in reglementarischer Form stattgefunden, wodurch das Vorhandensein der jetzt eingeklagten Beschädigungen konstatirt worden seien, und eine allfällige Vergrößerung des Schadens während des Transportes nach Bern sei nur die nothwendige Folge der bereits vorhandenen Schäden gewesen. Unter allen Umständen aber müsse ein reglementarischer Abzug von 2 % bewilligt werden.

Die Kläger gaben den Abzug von 2 % zu, verlangten aber, daß derselbe nicht auf der ganzen Sendung, sondern auf den einzelnen Fässern berechnet werde. Im Uebrigen bestritten sie aber ausdrücklich, daß nach den Bestimmungen eines Spezialtarifes spedirt worden sei, und daß auf dem Frachtbriefe die Worte Tarif spécial stehen.

In der Duplik beanspruchten die Beklagten das Recht, den Abzug von 2 % auf der Gesammtsendung zu machen, weil nur das Gewicht dieser, nicht aber der einzelnen Fässer angegeben sei.

Mit Umgehung des Amtsgerichtes wurde die Streitsache direkt dem Appellations- und Kassationshofe vorgelegt, welcher unterm 8. Juni 1872 erkannte:

1) Das Klagsbegehren der Weinhandlung Giraud-Faure wird derselben zugesprochen mit Abzug von 2 % für jedes einzelne Faß, wo es zutreffend ist.

2) Von der auszumittelnden Summe hat die schweizerische Westbahn der klägerischen Weinhandlung Giraud-Faure den Zins zu 5 % seit dem 15. September 1871 zu bezahlen.

3) Die schweizerische Westbahngesellschaft hat der Weinhandlung Giraud-Faure die Prozeßkosten zu bezahlen; die Kostenforderung der letzteren ist bestimmt auf Fr. 208.

Motive:

1) Daß nicht bestritten ist, daß sich auf der Weinsendung, welche Herr Grosbon in Belleville (Frankreich) am 2. Juni 1870 mittelst der Eisenbahn P.-L.-M. an die Weinhandlung Giraud-Faure in Bern gemacht hat, bei ihrer Ankunft in Bern ein bedeutender Manco an Wein vorgefunden hat, und daß mehrere Fässer bedeutend beschädigt gewesen sind;

2) daß diese Weinsendung durch die schweizerische Westbahn nach Bern befördert worden ist;

3) daß diese Bahnverwaltung demnach der empfängerischen Weinhandlung Guiraud-Faure den entstandenen Schaden, der nach dem Befinden des geschworenen Küfermeisters und Messers, Tobias Saxer in Bern, theils durch Anbohren u. s. w. einiger Fässer, theils durch die Einwirkungen der Hitze und des Windes verursacht worden ist, zu ersetzen hat, es sei denn, daß sie erzeigen könne, daß der Schaden in einem Zufall seinen Grund habe, der nicht durch ihr Verschulden herbeigeführt worden ist, oder gegen welchen sie sich durch die Vorsichtsmaßregeln nicht hätte schützen können, die ein ordentlicher Hauswirth gegen solche Zufälle gebraucht (Satz. 737 c.), welchen Nachweis die schweizerische Westbahn weder unternommen noch geleistet hat;

4) daß die beklagte Bahnverwaltung ihre Bestreitung der Klage im Wesentlichen auf die Behauptung gründet, die in Frage stehende Partie Wein sei der Eisenbahn in Frankreich mit einem zudienenden Frachtbrief des Versenders übergeben worden, worin die ausdrückliche Ordre stehe, daß die Waare unter den Bedingungen des Spezialtarifs spedirt werden solle, welche Ordre auf dem erwähnten Frachtbrief mit den Worten ausgedrückt sei: «Tarif spécial», was zur Folge habe, daß eine billigere Transporttaxe eintrete, daß der Transport ausschließlich in offenen Waggons stattfinde, und daß die Bahnverwaltung für den Schaden nicht verantwortlich sei, welchen der in Fässern in offenen Waggons transportirte Wein durch die Einwirkungen der Temperatur, wie Hitze 2c. erleide, welche Einwirkungen hauptsächlich den im vorliegenden Fall eingetretenen Schaden verursacht hätten;

5) daß die schweizerische Westbahn jedoch den Beweis dieser Behauptung nicht erbracht hat, indem in den vorgelegten Frachtbriefen von einer Ordre, daß der Wein im Spezialtarif transportirt werden solle, keine Andeutung steht, und das angerufene Transportreglement mit dem angeblich darin enthaltenen Spezialtarif gar nicht vorgelegt worden ist;

6) daß demnach die beklagte schweizerische Westbahngesellschaft den entstandenen Schaden zu ersetzen hat, indem sie für den durch das Anbohren der Fässer u. s. w. entstandenen Schaden unbedingt zu haften hat und sie die Pflicht hatte und sich in der Möglichkeit befand, die Fässer und ihren Inhalt vor den erwähnten Einwirkungen der Temperatur zu schützen und der Beweis der von ihr aufgestellten Behauptung, daß sie von der Haftpflicht für die erwähnten Einwirkungen befreit worden sei, mißlungen ist;

7) daß auch das Vorgeben, es sei nicht bewiesen, daß der entstandene Schaden eingetreten sei, während dem die fraglichen Fässer von der schweizerischen Westbahn befördert worden seien, von keinem Gewicht ist, indem es die abliefernde Bahnverwaltung ist, welche dem Beschäftigten zu haften hat, die dann, falls sie nachweisen kann, daß der Schaden nicht während des Transportes auf ihrer Bahn entstanden ist, ihren Rückgriff gegen diejenige Bahnverwaltung nehmen mag, von welcher sie die Sendung zum Weitertransport empfangen hat;

8) daß betreffend die Fräge, ob der Abzug von 2 % für den üblichen déchet de route auf dem Gesammtinhalt der 59 Fässer, oder nur auf dem Manco jedes einzelnen Fasses zu berechnen sei, zu berücksichtigen ist, daß durch den bereits erwähnten Küfer Tobias Saxer laut seinem Befinden vom 11. Juni 1870 genau ermittelt worden ist, wie viel Wein in jedem einzelnen Fasse fehlt, weßhalb es in der Natur der Sache liegt, daß der fragliche Abzug auf dem Inhalt jedes einzelnen Fasses und nicht auf dem Inhalt sämmtlicher Fässer im Ganzen gemacht wird, um auch auf denjenigen Fässern, die keinen oder nur einen sehr geringen Manco haben, den vollen Abzug von 2 % zu machen, ein Abzug auf den sämmtlichen Fässern vielmehr nur dann gerechtfertigt wäre, wenn die Constatirung des an jedem einzelnen Fasse erlittenen Schadens unmöglich gewesen wäre.

Anmerkung. Es war offenbar Sache der beklagten Bahn, den Nachweis zu leisten, daß die Waare den Bestimmungen des Spezialtarifes gemäß und auf unbedeckten Wagen zur Spedition übernommen worden sei, und wenn sie diesen Beweis nicht er-

bracht hat, so ist dieß ihr Fehler. Ueberdieß aber ist im vorliegenden Falle der Manco auch nicht bloß Einwirkungen von Wind und Wetter auf die Fässer zuzuschreiben, sondern auch solchen auf die Kehlen der Bahnangestellten.

In einem Urtheil des Richteramtes Bern, welches wir auf p. 43 hievor mitgetheilt haben, wurde der Ausdruck: «gratis retour, ohne Garantie", unrichtig interpretirt. „Ohne Garantie" bezieht sich im Eisenbahnrecht nur auf Manco und Beschädigung von Waaren, nicht aber auf den Verlust von solchen, auch nicht, wenn er durch Diebstahl verursacht sein sollte. — Koch, Deutschlands Eisenbahnen II, p. 220 und 256. — *Fleury*, Code annoté des chemins de fer, p. 323, les mots *«sans responsabilité»* s'appliquent seulement aux déchets et avaries de route.

4) Klage wegen Mißhandlung. Urhab. Beweis desselben.

Gilgian Linder gegen Johann Großen und Johann Schnäbeli.

(14. Juni 1872.)

Am 20. Oktober 1868 Abends — behauptet der Kläger — sei er, als es bereits ganz dunkel geworden, auf dem Weg von Frutigen nach der Reudlen von den beiden Beklagten unter heftigen Schmähungen angehalten und aufgefordert worden, ihnen Milch zu bezahlen, die er angeblich verschüttet haben sollte. Als er dieß verweigert habe, sei er von den Beklagten gewaltsam angegriffen und arg mißhandelt worden, so daß er mehrere bedeutende Verletzungen davon getragen habe, die ihn gezwungen hätten, 24 Tage lang das Bett zu hüten. Während 36 Tagen sei er vollständig und hernach noch längere Zeit wenigstens theilweise arbeitsunfähig gewesen. Der Kläger forderte für Heilungskosten, Schmerzengeld und Unterbrechung der Arbeit die Summe von Fr. 618.

Die Beklagten leugneten in ihrer Hauptvertheidigung die klägerische Darstellung des Sachverhalts, und behaupten, an obenerwähntem Abend seien Linder und sein Begleiter in betrunkenem Zustand an sie angerannt und hätten ihnen einen großen Theil der Milch, die sie getragen, ausgeschüttet. Auf die Aufforderung, den verursachten Schaden zu ersetzen, hätte Linder groben Bescheid gegeben, worauf allerdings eine Rauferei entstanden sei. Es sei aber unwahr, daß Linder so lange Zeit arbeitsunfähig gewesen sei; diese Arbeitsunfähigkeit habe Linder simulirt, und lange vor der angegebenen Zeit habe er sowohl

seine häuslichen als auch seine Berufsgeschäfte wieder verrichtet. Die beiden Beklagten stellten daher ihrerseits das Widerklagsbegehren: Linder solle dafür Entschädigung leisten, daß er ihnen ohne Veranlassung auf offener Straße Milch ausgeschüttet, sie beschimpft, thätlich angegriffen und beleidigt habe.

Nach Beendigung des Schriftenwechsels, der nichts thatsächlich Neues enthält, fand die Beweisführung mittelst Urkunden und Zeugenproduktion statt.

Am 15. November fällte das Amtsgericht Frutigen in der Sache folgendes Urtheil:

Dem Kläger Linder sei sein Rechtsbegehren dem Grundsatze nach zugesprochen. Die Entschädigung sei auf Fr. 100 bestimmt.

Die Widerkläger Großen und Schnäbeli seien mit ihrem Widerklagsbegehren abgewiesen.

Die Beklagten haben die Arztkosten für die von der Verletzung des Linder herrührende ärztliche Behandlung, gemäß vorhandenen ärztlichen Rechnungen, zu bezahlen.

Im Uebrigen habe jede Partei ihre Kosten an sich selbst zu tragen.

Beide Parteien erklärten sofort die Appellation.

Der Appellations- und Cassationshof erkannte, in theilweiser Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils:

1) Dem Gilgian Linder ist das Rechtsbegehren seiner Klage zugesprochen.

2) Die Entschädigung, welche ihm die Beklagten zu bezahlen haben, ist bestimmt auf Fr. 200, worin die Arztkosten inbegriffen sind.

3) Die Beklagten sind mit ihrer Widerklage, aus Grund daß dieselbe bereits bei der Bestimmung der Entschädigung berücksichtigt worden ist, abgewiesen.

4) Die Beklagten sind zur Hälfte der erstinstanzlichen Kosten verurtheilt.

Motive:

1) Daß die Beklagten nicht bestreiten, den Gilgian Linder am Abend des 20. Oktober 1868, als sie mit demselben auf der Landstraße zusammentrafen, mißhandelt zu haben, in Folge dessen derselbe laut ärztlichen Zeugnisses vom 10. Dezember 1868 verschiedene Verletzungen davongetragen hat, die eine Arbeitsunfähigkeit von etwas mehr als 30 Tagen zur Folge hatten;

2) daß die Beklagten zwar behaupten, der Kläger Linder sei Urheber der bei dem fraglichen Zusammentreffen zwischen ihnen und diesem entstandenen Rauferei gewesen, weßhalb ihm für die Verletzungen, die sie demselben in der Ausübung gerechter Nothwehr beigebracht haben mögen, keine Entschädigung gebühre;

3) daß sie jedoch für diese Behauptung keinen selbstständigen Beweis unternommen haben, sondern sich auf die Aussagen, die sie bei Anlaß der, Seitens des Klägers Linder, mittelst Eideszuschiebung bewerkstelligten Beweiszuführung zum ewigen Gedächtniß gemacht haben, respektive auf das daherige Protokoll berufen;

4) daß aber die Beklagten, welche die Mißhandlung des Klägers einräumen, nicht befugt sind, die Thatsache, daß der Kläger Urheber des Streites gewesen sei, den sog. Urhab, durch ihre eigenen auf die an sie erfolgte Eideszuschiebung hin gemachten Aussagen zu beweisen, ihnen vielmehr oblag, den Urhab durch eine vollständige Beweisführung zu beweisen, weßhalb, da sie eine solche nicht unternommen haben, die Thatsache, daß der Kläger alleiniger Urheber des Streites sei, nicht als hergestellt betrachtet werden und eine gänzliche Befreiung der Beklagten von der Entschädigungspflicht nicht eintreten kann;

5) daß indessen nicht so weit gegangen werden kann, daß die auf die Eideszuschiebung hin gemachten Aussagen der Beklagten, betreffend das Verhalten des Klägers bei der in Frage stehenden Rauferei absolut nicht berücksichtigt werden, vielmehr bei der eigenthümlichen Natur der Räufhändel, die eine strenge Sonderung der einzelnen thatsächlichen Momente, aus denen der ganze Auftritt besteht, nicht zulassen, je nach den besondern Umständen des Falles und mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 162 und 170 P. zu ermessen ist, was von den das Verhalten des Klägers betreffenden Aussagen der Beklagten als erwahrt zu betrachten ist;

6) daß demgemäß, gestützt auf die Aussagen der Beklagten, angenommen werden muß, daß der Kläger Linder, wenngleich er nicht als der eigentliche Urheber des Streites betrachtet werden kann, doch dadurch die Beklagten mehr oder weniger zu Thätlichkeiten gereizt und zur Entstehung des erlittenen Schadens beigetragen hat, daß er, nachdem die Milch, die der eine Beklagte, Schnäbeli, in einer Melchter trug, verschüttet worden war, was den Umständen nach nur von ihm oder von seinem Begleiter geschehen sein kann, auf die an ihn ergangene Auf-

forderung, die verschüttete Milch zu bezahlen, nach den bestimmten Aussagen der beiden Beklagten sehr trotzigen und herausfordernden Bescheid gegeben und im Verlauf des Auftritts gedroht hat, seinen Gegnern mit dem Beil, das er bei sich trug, den Kopf einzuschlagen, welche Aussagen durch diejenigen des Zeugen Pieren unterstützt werden, aus welchen Gründen der Kläger Linder einen Theil des erlittenen Schadens selber zu tragen hat (Satz. 968 c.).

5) Appellation statt Wiedereinsetzungsbegehren.

(21. Juni 1872.)

In einem Falle, wo die Appellation sofort erklärt werden mußte, blieb die beklagte Partei bei der Beweisführung und Urtheilsfällung aus. Nachdem ihr von der erschienenen Partei das Ergebniß der Verhandlung mitgetheilt worden war, erklärte sie die Appellation an den Appellations- und Cassationshof. Bei dem zur Verhandlung angesetzten oberinstanzlichen Termine stellte nun der Appellat den Antrag auf Verschließung des Forums, weil die Appellation nicht rechtzeitig erklärt worden sei.

Der Appellant schloß dagegen auf Abweisung dieses Begehrens, und verlangte eventuell, wenn die Appellationsdiligenzien nicht als gehörig besorgt angesehen würden, gestützt auf § 96, Ziffer 3 P., Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der Appellations- und Cassationshof wies den Beklagten mit seinem eventuellen Wiedereinsetzungsbegehren ab.

In Betrachtung:

1) Daß im vorliegenden Fall von Seite der Klägerin gemäß den Bestimmungen der §§ 92, 287 und 288 P. prozedirt wurde;

2) daß die ausgebliebene beklagte Partei, wenn sie die Appellation gegen das Urtheil des Gerichtspräsidenten ergreifen wollte, im Falle war — da sie in einem Rechtsstreit unterlegen war, wo die Appellation sofort erklärt werden sollte — sich in Betreff der Versäumung dieses Rechtsmittels durch den Gerichtspräsidenten in den vorigen Stand einsetzen zu lassen (§ 406 B.-V., 343 P., 289 P.);

3) daß dieselbe aber, nachdem ihr das Urtheil notifizirt worden, statt die Wiedereinsetzung zu verlangen, die Appellation

gegen das Urtheil erklärte, mithin ein ungeeignetes Rechtsmittel gewählt hat;

4) daß dieses nicht als Säumniß im Sinne der §§ 92 u. ff. P. angesehen werden kann,

und sprach sodann der Appellatenpartei ihren Antrag auf Forumverschließung zu.

Motive:

1) Daß bei Vollziehungsstreitigkeiten die Appellation sogleich nach der Urtheilsfällung erklärt werden muß (§§ 406 V.-V., 342 P.);

2) daß dieses im vorliegenden Fall nicht geschehen ist;

3) daß somit die Appellation als ersessen zu betrachten ist.

6) Durch die Geltstagsaufhebung wird der Geltstager nicht Rechtsnachfolger derjenigen auf Aktiven in Werth und Unwerth angewiesenen Gläubiger, welche ihre Anweisungen nicht ausgeschlagen und auch ihre Rechte nicht auf den Geltstager übertragen haben.

Appellationserklärung, wenn in dem gleichen Urtheil die Hauptsache und eine Vor- oder Zwischenfrage beurtheilt worden ist.

Heuer gegen Marti.

(29. Juni 1872.)

Durch Zahlungsaufforderung vom 24. März 1870 forderte Herr Fürsprech Marti in Biel, als Sachwalter der Aktivgläubiger im Geltstag des Alb. Dutoit in Biel, vom Hrn. Ed. Heuer die Summe von Fr. 1368. 52. Letzterer schlug dagegen das Recht dar und anerkannte nur einen Betrag von Fr. 48. 82. Gleichzeitig ließ er auf dem Wege der Provokation dem Ansprecher richterlich eine Frist von sieben Wochen bestimmen zu Einklagung seines Anspruches. Nachdem binnen dieser Provokationsfrist keine Klagsmittheilung stattgefunden hatte, ließ Herr Heuer die Gegenpartei in der Person des Herrn Marti neuerdings vor den Richter laden zu Beurtheilung des Rechtsbegehrens: Es sei die von der Aktivmasse Albert Dutoit gegen ihn gemachte Forderung von Fr. 1319. 70 als ersessen zu erklären unter Kostenfolge.

Die beklagten Aktivgläubiger beschränkten sich darauf, die Passivlegitimation zu bestreiten und demgemäß folgendes Rechts-

begehren zu stellen: Es sei gerichtlich zu erkennen, Herr Marti, als gewesener Sachwalter der zur Zeit nicht mehr bestehenden Aktivmasse des nunmehr aufgehobenen Geltstags des A. Dutoit sei nicht schuldig, auf die gegnerische Verhandlung sich irgendwie einzulassen, ja nicht einmal mehr berechtigt, über die streitige Frage der Ersitzung irgend eine Erklärung abzugeben. Zu Begründung dieses Rechtsbegehrens bringen sie an: Die erwähnte Aktivmasse bestehe gar nicht mehr, da Dutoit bereits am 4. Oktober 1871 seinen Geltstag in aller Form wieder aufgehoben habe. Das nicht liquidirte Vermögen sei somit wieder auf Dutoit übergegangen, der sich mit seinen Gläubigern sonst abgefunden habe. Die auf Aktiven im Werth und Unwerth angewiesenen Gläubiger bildeten jene Collektivperson nicht mehr, von welcher die §§ 590 und 591 V.-V. sprächen, und Herr Marti sei somit gar nicht mehr im Falle, über die vorliegende Streitfrage irgend welche verbindliche Erklärung abzugeben. Herr Heuer möge sich deßhalb an Herrn Dutoit selber wenden.

In seiner Replik machte der Kläger darauf aufmerksam, daß der Geltstag des A. Dutoit erst am 4. Oktober 1871 aufgehoben worden sei, während die Aktivgläubiger Herrn Marti schon am 15. Mai 1871 den Auftrag zur Abstandserklärung gegeben hätten. Zudem bestehe die Aktivmasse noch fort, indem mehrere Gläubiger, welche auf Aktiven im Werth und Unwerth angewiesen worden seien, solche nicht ausgeschlagen haben, sondern noch im Besitze derselben seien.

Die Duplik enthält nur Verneinungen.

Das Amtsgericht von Biel sprach Herrn Heuer sein Rechtsbegehren zu und wies die Aktivgläubiger mit dem ihrigen ab.

Gegen dieses Urtheil erklärten die Aktivgläubiger im Geltstag Dutoit die Appellation binnen der Frist von 10 Tagen.

Bei der oberinstanzlichen Erscheinung stellte Herr Heuer vorerst einen Antrag auf Verschließung des Forums, weil die Appellation nicht sofort nach Eröffnung des Urtheiles erklärt worden sei.

Das Gericht wies jedoch denselben ab unter Annahme folgender

Motive:

Daß zwar die Appellation in Betreff der Urtheile über Vor- und Zwischenfragen sogleich nach der Urtheilseröffnung geschehen muß (§ 342 P.) und die Beurtheilung der von Fürsprecher Moser Namens seiner Partei am Termine vom 20. Fe-

bruar 1872 aufgeworfenen Einrede an sich in diese Categorie fallen würde;

daß aber durch das erstinstanzliche Urtheil gleichzeitig das Begehren des Klägers Heuer und damit die Hauptsache beurtheilt wurde;

daß deßhalb das erstinstanzliche Urtheil nicht als Urtheil über eine Vor- und Zwischenfrage angesehen werden kann.

Sodann übergehend zur Hauptsache, bestätigte der Appellations- und Cassationshof das erstinstanzliche Urtheil.

Motive:

1) Daß die Aktivmasse im Geltstag des A. Dutoit innerhalb der Provokationsfrist den Kläger Heuer für den Betrag der Fr. 1319. 70 nicht belangt hat, folglich das übrigens an sich nicht bestrittene Rechtsbegehren des letzteren begründet ist;

2) daß demnach bloß die Begründetheit der von der belangten Aktivmasse an's Recht gesetzten Einrede zu untersuchen ist;

3) daß aus der Aufhebung des Geltstags an sich nicht folgt, daß Dutoit in die Rechte der Aktivenmasse eingetreten sei;

4) daß nämlich die auf Aktiva in Werth und Unwerth angewiesenen Gläubiger, welche die durch Art. 8, Litt. a. des Gesetzes vom 25. April 1850 verlangte Erklärung ausstellen, auf verschiedene Weise befriedigt worden sein können, nämlich durch ihre Anweisung oder durch spätere Bezahlung 2c.;

5) daß, wenn auf Aktiva in Werth und Unwerth angewiesene Gläubiger in ersterer Weise auf ihren Anweisungen beharrt haben, der Geltstager durch die Geltstagsaufhebung nicht Rechtsnachfolger derselben werden konnte;

6) daß im vorliegenden Falle verschiedene auf Aktiven in Werth und Unwerth angewiesene Gläubiger ihre Anweisungen nicht ausgeschlagen und in keiner Weise nachgewiesen ist, daß sie bei Ausstellung fraglicher Erklärung ihre Rechte auf den Geltstager übertragen haben;

7) daß folglich Dutoit nicht als Rechtsnachfolger der Aktivenmasse betrachtet werden kann.

7) Veräußerung eines Antheils an dem noch nicht vertheilten Familiengute der Burger von Thun, ohne Rücksicht auf die Verbindlichkeiten des Antheilhabers, wofür sein Antheil haftet, ist nicht zuläßig.

(14. Juni 1872.)

In dem Nachgeltstag des Friedrich Bischoff schrieb der Massaverwalter eine Steigerung aus über den dem Nachgelts-

tager zustehenden Antheil am vereinigten Familiengut der Burger von Thun. Hiegegen wurde von Seiten der Antheilhaber am genannten Familiengut protestirt, da dem Bischoff, resp. seiner Nachgeltstagsmasse, dermal noch keine privatrechtlichen Ansprüche auf dieses Familiengut zustehen und die ihm bei der dereinstigen Theilung zukommende Quote daher noch nicht veräußerbar sei. Am 12. Mai sei der Karoline Bischoff, für sie und ihre 4 Kinder und Nacherben und mit Zustimmung ihres Ehemannes Friedrich Bischoff, vom vereinigten Familiengut ein Vorschuß von Fr. 450 behufs Auswanderung verabfolgt worden, gegen Ausstellung der Verpflichtung, den erhaltenen Betrag zu restituiren. Für diese Verpflichtung hafte der Antheil des Schuldners Bischoff, und wenn daher das vereinigte Familiengut der Burger von Thun aufgelöst und getheilt werde, so sei die bewilligte Auswanderungssteuer als auf Rechnung des Antheils des Friedrich Bischoff verabfolgt zu betrachten. Jedenfalls sei das vereinigte Familiengut bloß verpflichtet ihm, resp. seinen Rechtsnachfolgern, dasjenige herauszugeben, was es ihm nach Abzug des erwähnten Vorschusses beziehe. Hierauf gestützt stellte das vereinigte Familiengut das Rechtsbegehren:

Es sei zu erkennen, der Massaverwalter im Nachgeltstag des Friedrich Bischoff sei nicht berechtigt, den dem letzteren dereinst in der Theilung des vereinigten Familienguts der Burger von Thun zukommenden Antheil, insoweit derselbe für eine Auswanderungsunterstützung von Fr. 450 haftet, zu versteigern, und es sei die Vorladerin bis zu diesem Belaufe einzig und allein auf die fragliche Theilungsquote berechtigt.

Auf den vom Beklagten, Massaverwalter Hofer, in der Hauptvertheidigung erhobenen Einwand, daß seit dem 27. Dezember 1869, wo die Hauptversammlung der erwähnten vereinigten Antheilhaber den Beschluß gefaßt, sich aufzulösen, die Antheile der Mitglieder am Vermögen allgemein als übertragbar angesehen worden seien und in der That mehrfache Veräußerungen solcher Antheile stattgefunden hätten, erwiderte der Kläger, daß über Auflösung und Theilung des Vermögens noch nichts *definitiv* beschlossen worden sei.

Der Gerichtspräsident von Thun sprach den Klägern ihr Rechtsbegehren zu, wogegen die Gegenpartei sofort die Appellation erklärte.

Der Appellations- und Cassationshof bestätigte das erstinstanzliche Urtheil.

Motive:

1) Daß am 12. März 1868 der Frau Caroline Bischoff geb. Teuscher, mit Zustimmung ihres Ehemannes Friedr. Bischoff, vom vereinigten Familiengut der Burger von Thun eine Auswanderungsunterstützung von Fr. 450 als Vorschuß auf das dem Ehemann Bischoff von demselben Gebührende, und gegen Ausstellung einer Verpflichtung der Frau Bischoff, diesen Betrag nach Vorschrift des § 5 des Regulativs über Verabreichung von Unterstützungen an Mitglieder des vereinigten Familienguts, behufs Auswanderung aus Europa, zurückzubezahlen und zu restituiren, verabfolgt worden ist;

2) daß nach § 5 des Regulativs diese Restitution unter Anderem geschehen kann durch Baarzahlung;

3) daß demgemäß, gestützt auf die erwähnte Schuldurkunde und auf das Regulativ, vom Augenblick der Ausbezahlung des Betrags von Fr. 450 an Frau Bischoff an, ein gleich großer Betrag des dem Friedrich Bischoff gebührenden Antheils am vereinigten Familiengut letzterem angefallen war, so daß Niemand Anderes mehr befugt war, auf den Fall der Vertheilung des Vermögens über diesen Betrag zu verfügen, als die kompetenten Organe des Familienguts;

4) daß deßhalb der Nachgeltstagsmasse des Friedrich Bischoff die Befugniß nicht zusteht, den Antheil des letzteren am vereinigten Familiengut, soweit es den streitigen Betrag von Fr. 450 betrifft, versteigern zu lassen;

5) daß der Umstand, daß die Hauptversammlung des vereinigten Familienguts von Thun am 27. Dezember 1869 den Beschluß gefaßt hat, sich aufzulösen und das Vermögen, d. h. die Aktien, nach einem aufgestellten Modus unter die Antheilhaber und deren männliche Descendenz zu vertheilen, daran nichts ändert, indem die Verabfolgung der Fr. 450 an Frau Bischoff vor diesem Auflösungsbeschlusse stattgefunden hat, mithin dieser keinen Einfluß auf das durch jene Verabfolgung begründete Rechtsverhältniß ausüben kann, und überdieß die wirkliche Auflösung des vereinigten Familienguts, d. h. die Vertheilung des Vermögens, sogar im Zeitpunkt der Prozeßanhebung noch nicht stattgefunden hat.

JURA BERNOIS.

Liquidation. — Droits de la femme.

La femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts a, pour ses apports, une créance non privilégiée, mais qu'elle peut faire valoir sur les biens de la masse, en concurrence avec les créanciers de son mari.

Arrêt du 25 Juillet 1872. — Pury et consorts contre Bloch et consorts.

Mr Gustave Glatz étant décédé en 1867, sa succession fut déclarée vacante. La maison Pury & Cie produisit dans cette liquidation pour le montant d'un découvert de crédit accordé en 1860 et 1866 au défunt, sous la garantie d'une affectation hypothécaire donnée avec le consentement de Mad. Glatz et la cession de ses droits en faveur du créancier de son mari. La veuve Glatz produisit également sa réclamation. Celle-ci se basait sur un contrat de mariage du 30 Juin 1852, par lequel les époux Glatz, tout en stipulant une communauté légale réduite aux acquêts, reconnaissaient que la future épouse avait apporté en mariage des biens meubles d'une valeur de fr. 23,722. Dans le projet d'ordre et de distribution des biens de la dite succession vacante, les Pury & Cie furent colloqués hypothécairement pour une partie de leurs droits et renvoyés perdants pour une somme de plus de douze mille francs. Par contre, la veuve Glatz fut complètement évincée de sa réclamation. La maison Pury & Cie comme étant aux droits de la dite veuve, et le fils Arthur Jacquet comme héritier bénéficiaire de sa mère-veuve Glatz, décédée dans l'intervalle, ce dernier, partie intervenante, attaquèrent en 1869 le projet d'ordre et de collocation des biens de Gustave Glatz et conclurent à ce qu'il plaise à l'autorité compétente:

a. admettre, Mad. Sophie Elisabeth née Schächtelin épouse Glatz, soit ses ayants-droit comme créanciers de son mari défunt, pour la réclamation qu'elle a produite dans la liquidation de ce dernier, par acte du 6 Juillet 1867, partant:

b. ordonner que cette réclamation sera colloquée sur les deniers de la masse d'après le rang et le privilège que lui accorde la loi, s. s. des frais.

Ils expliquaient l'étendue de ces conclusions en disant que Dame Glatz ou ses ayants-droit entendaient en premier lieu prélever par privilège le montant des apports constatés dans le contrat de mariage de 1852, et éventuellement ils réclamaient collocation avec les autres créanciers chirographaires.

Ceux-ci, dans leur défense, contestèrent la régularité de la production de Dame Glatz, la légitimité de sa créance et l'opposabilité aux créanciers du titre, soit du contrat de mariage servant de base à la créance de la dite Dame. Ils dénièrent tout droit de préférence ou de prélèvement en nature pour les apports de la femme. et, se basant sur les art. 544 et suiv. C. d. Com., ils alléguèrent que par la déconfiture ou faillite du mari, qui était négociant en horlogerie, les droits de sa femme ne pouvaient s'exercer que sur les immeubles et que ceux-ci étaient absorbés par les créanciers régulièrement admis comme hypothécaires.

Le Juge de première instance admit la manière de voir des défendeurs et débouta la veuve Glatz, soit ses ayants-droit de leurs conclusions principales et subsidiaires, surtout par les motifs que les actes produits ne donnaient à la femme ni un droit de préférence ni même un droit quelconque de créance.

Ce jugement fut réformé en appel par arrêt du 25 Juillet 1872; en voici les motifs:

Considérant:

1. Qu'il appert des deux actes de garantie du 28 Août 1860 et du 8 Avril 1866: *a.* que Dame Glatz s'est constituée, solidairement avec son mari, débitrice des demandeurs Pury & Cie; *b.* qu'elle leur a cédé, jusqu'à concurrence du montant des crédits ouverts, ses droits, créances et avantages matrimoniaux, en les subrogeant dans l'exercice de ses reprises;

2. que ce transport, accepté par le Sr Glatz, est apposable aux tiers (art. 1690 C. Civ.);

3. qu'à raison de la subrogation consentie à leur profit et en vertu du principe général de l'art. 1166 C. Civ., les demandeurs ont qualité pour requérir, au lieu et place de Dame Glatz, la rectification du projet d'ordre, bien que leur production ne renferme aucune réserve en ce sens;

4. que l'intervenant est de même légitimé au procès, la loi l'autorisant, comme héritier bénéficiaire, à prendre toutes les mesures conservatrices qui se rattachent à l'administration de la succession (art. 803 cbn., art. 779 C. Civ.);

5. qne la réclamation de Dame Glatz dans la liquidation des biens de son mari a été régulièrement prodnite; que l'acte du 6 Juillet 1867 satisfait, quant à la forme, aux prescriptions de l'art. 576 C. Pr. Civ. b.; que, d'autre part, la réclamante a joint à cet acte une expédition authentiqne du titre dont elle faisait dériver ses droits; qu'elle n'était pas tenue d'annexer en copie les certificats de publication, pnisque ces certificats n'ont trait qu'à l'accomplissement d'une formalité extrinsèque, indépendante de la perfection matérielle du contrat;

6. que dans le contrat de mariage du 30 Juin 1852 le montant des apports mobiliers de Dame Glatz est fixé, suivant inventaire reconnu par les parties, à la somme de fr. 23,722; que ce contrat, revêtu de la signature du mari, forme titre contre celui-ci, à l'instar de toute autre reconnaissance de dette; que la force obligatoire des déclarations qu'il relate, subsiste nonobstant le défaut de représentation de l'inventaire; que s'il est vrai qu'un inventaire serait indispensable dans le cas où la demande tendrait à la reprise *en nature* des apports, le contrat de mariage suffit pour la constatation d'une créance; que du rapprochement des diverses clauses de l'acte il résulte que c'est un droit de créance qui a été conféré à la femme; qu'ainsi l'argument déduit de l'art. 1499 C. Civ. est inadmissible, et qu'au surplus les parties ne se sont soumises qne sous certaines modifications an régime de la communanté réduite aux acquêts et ont stipulé en conséquence que les reprises de l'épouse auraient pour objet la valeur estimative des apports;

7. qu'il n'est pas douteux, cn présence des énonciations du contrat, qu'nn inventaire ait été réellement dressé, et que, du reste, si les défendeurs entendaient arguer d'une simulation quelconque, ils devaient en offrir et en administrer la preuve;

8. que le titre justificatif de la créance a reçu la publicité prescrite (art. 67 C. de Com.); que dès lors Dame Glatz ou scs ayants-droit peuvent faire valoir cette créance contre les défendeurs;

9. qu'en acceptant la cession de reprises matrimoniales dont mention aux actes de 1860 et de 1866, le S[r] Glatz a de nouveau reconnu l'extistence d'une dette à sa charge;

10. que les dispositions exceptionnelles des art. 544 à 557 du Code de Commerce ne sont applicables que s'il y a eu faillite déclarée par l'autorité compétente et liquidation de faillite en conformité du dit Code; qu'on ne peut donc les invoquer pour la détermination des droits de Dame Glatz;

11. que le privilège réclamé en première ligne par les demandeurs ne se justifie point; qu'en effet:

a. la loi seule crée les privilèges;

b. Dame Glatz a renoncé à la communauté qui existait entre elle et son mari;

c. aucune disposition légale n'attribue à la femme renonçante un droit de préférence pour la reprise de ses apports;

d. ce droit de préférence ne saurait s'induire par analogie de l'art. 1471 C. Civ., lequel concerne exclusivement la femme qui accepte;

e. la reconnaissance d'un privilège serait contraire au principe d'égalité que formule l'art. 2093 du Code Civ.;

12. que, par contre, Dame Glatz ou ses ayants-cause ont le droit de se faire colloquer par contribution, de concert avec les autres créanciers chirographaires, sur les derniers de la masse.

P. C. M.

La Cour reforme le jugement dont appel et adjuge les conclusions des opposants en ce sens que la réclamation de la veuve Glatz sera colloquée au rang des créanciers chirographaires et non par prélèvement en nature ou par privilège.

Observation. Nous avons cru devoir reproduire *in extenso* cet arrêt, parce que, en France, cette question est encore aujourd'hui l'objet d'une controverse entre la doctrine et la jurisprudence. F.

Haftbarkeit der eidgenössischen Postverwaltung für Unfälle, welche schweizerischen Postkondukteuren während ihrer Eisenbahnfahrten zustoßen.

Urtheil des schweizerischen Bundesgerichts.

(30. Juni 1871.)

In Sachen des Friedrich Gfeller, Postkondukteur in Bern, Klägers, gegen die eidgenössische Postverwaltung, Beklagte, betreffend das Rechtsbegehren:

Es habe die Beklagte dem Kläger für die durch den Eisenbahnunfall in Romont vom 11. Februar 1870 erlittenen Körperverletzungen und deren Folgen Entschädigung zu leisten, mit Kostenfolge,

hat das Bundesgericht:

nach Einsicht der Akten, Anhörung der Parteien und des Berichtes des Referenten;

nachdem sich aus den Akten folgendes Thatsächliche ergeben:

1) Am 11. Februar 1870 fand auf der Station Romont ein Zusammenstoß zwischen zwei Zügen statt, in deren einem der seit 1. März 1866 im Dienst der eidgenössischen Postverwaltung stehende Kondukteur Friedrich Gfeller sich befand.

Durch diesen Zusammenstoß wurde Gfeller, während er im Postwagen aufrecht stehend seinen Dienstverrichtungen oblag, so gewaltsam zu Boden geschleudert, daß er nicht nur mehrere, allerdings nicht sehr erhebliche äußere Verletzungen, sondern überdieß entschiedene Symptome einer heftigen Gehirnerschütterung davontrug, deren Folgen sich seither in so bedauerlicher Weise entwickelten, daß unterm 27. Mai dieses Jahres die zu Beurtheilung seines gesundheitlichen Zustandes berufenen Sachverständigen ihr Gutachten dahin abgaben; es sei nicht nur die Erwerbsfähigkeit des Gfeller schon dermalen als gänzlich aufgehoben zu betrachten, sondern sein Gehirnleiden werde, ohne durch irgendwelche Mittel in seiner Weiterentwicklung aufgehalten werden zu können, langsam aber stetig zunehmen und endlich in den völligen Verlust der Geisteskräfte, vielleicht auch mit Lähmungen verbunden, übergehen, so daß die Krankheit als unheilbar anzusehen sei.

2) Sowohl direkte Unterhandlungen des Herrn Gfeller und seines Beauftragten mit den Herren Laurent und Bergeron in Lausanne, Betriebsunternehmer der schweizerischen Westbahn, als auch die Verwendung des eidgenössischen Postdepartements bei denselben zu dem Zwecke, eine angemessene Entschädigung des Klägers zu erhalten, führten zu keinem Ziele, so daß das schweizerische Postdepartement am 17. September 1870 dem Sachwalter des Herrn Gfeller schrieb: „es bleibe unter „solchen Umständen nach seiner (des Postdepartements) „Ansicht dem Reklamanten nur der Weg übrig, „**die Postverwaltung** für die Folgen des während der „Ausübung seiner postdienstlichen Obliegenheiten „erlittenen Unfalles zu belangen, und zwar, so„fern die Forderung den Betrag von Fr. 4500 „übersteige, vor dem Bundesgericht. Die eidgenössische „Postverwaltung werde sodann ihrerseits die Verwaltung der „schweizerischen Westbahnen in's Recht rufen."

3) In Folge dieser Zuschrift reichte Gfeller bei dem Bundesgericht eine vom 11. Oktober 1870 datirte Klage gegen das schweizerische Postdepartement ein, womit er auf eine Entschädigungssumme von Fr. 20,000 abstellte; wogegen das beklagte Departement sowohl der Eisenbahngesellschaft Bern-Freiburg-Lausanne, als den Herren Laurent und Bergeron, als Betriebsunternehmern der nämlichen Eisenbahn, den Streit verkündete; seinerseits aber gegenüber dem Kläger jede rechtliche Verbindlichkeit zu dessen Entschädigung in Abrede stellte, eventuell auch auf eine Ermäßigung der eingeklagten Entschädigung antrug.

4) Zur heutigen Gerichtsverhandlung wurden sowohl die Verwaltung als die Betriebsunternehmer der schweizerischen Westbahnen vorgeladen, sind aber nicht erschienen,

in Erwägung:

daß der Unfall vom 11. Februar 1870, dessen Opfer Kläger wurde, unzweifelhaft Folge einer Nachläßigkeit im Eisenbahndienste der Station Romont war, somit dem Kondukteur Gfeller aus dem Rechtsgrund der Schädigung eine direkte Klage gegenüber der Verwaltung, beziehungsweise gegenüber den Betriebsunternehmern der Eisenbahnen Bern-Freiburg-Lausanne zustand;

daß aber das eidgenössische Postdepartement, nachdem es durch das erwähnte Schreiben vom 1. September 1870 selbst seine Belangbarkeit anerkannt hat, ebenfalls als belangbar anzusehen ist — immerhin so, daß ihm der Rückgriff auf die Verwaltung, beziehungsweise auf die Betriebsunternehmer der «Suisse occidentale» offen steht, —

in Erwägung:

daß mit Bezug auf das Maß der Entschädigung folgende Umstände zu Gunsten des Geschädigten in Betracht fallen:

1) derselbe, im Jahr 1830 geboren, befindet sich dermalen im besten Mannesalter, erfreute sich eines starken Körperbaues und der besten Gesundheit, so daß ihm, zumal bei dem ausgezeichneten Leumund, dessen er stets genoß, nach menschlicher Berechnung noch eine vieljährige Erwerbsfähigkeit in Aussicht stand;

2) derselbe hatte als Postkondukteur eine Gesammteinnahme von ungefähr Fr. 1900, womit er seine Familie, bestehend aus einer Frau und drei unerzogenen Kindern, zu erhalten vermochte;

3) durch den Unfall, welcher ihn betroffen, ist seine Familie nicht nur brodlos geworden, sondern, im Falle seine Krankheit lange andauern und gar von Lähmungen begleitet sein sollte, überdem in die Lage versetzt, für dessen Unterhalt und Pflege noch erhebliche Opfer bringen zu müssen;

zu Recht erkannt:

I. Die eidgenössische Postverwaltung wird schuldig erklärt, dem gewesenen Postkondukteur Gfeller für den von demselben am 11. Februar 1870 in Romont erlittenen Unfall eine Entschädigung von Fr. 20,000 zu leisten.

II. Die Beklagte hat an die in dieser Sache ergangenen Gerichtskosten Fr. 120 zu bezahlen, die Instruktionskosten im Betrage von Fr. 434. 45 zu tragen, sowie dem Kläger Fr. 250 für außerordentliche Kosten zu vergüten.

III. Sowohl für die Hauptsache als für die Kosten bleibt der Beklagten der Rückgriff auf die Verwaltung, beziehungsweise auf die Betriebsunternehmer der schweizerischen Westbahnen (der Suisse occidentale) gewahrt.

Anmerkung. Das Urtheil wäre unzweifelhaft anders ausgefallen und die Verantwortlichkeit der Postverwaltung nicht ausgesprochen worden, wenn der damalige Vorstand dieses Departementes sie nicht ausdrücklich in unbegreiflicher Uebereilung selbst anerkannt hätte. D. Red.

Um mit Bezug auf das Maß der Entschädigung einen positiven Anhaltspunkt zu gewinnen, hatte der Instruktionsrichter Sachverständige ernannt und an dieselben folgende Fragen gerichtet:

1) Welches ist das gegenwärtige Befinden des Klägers Gfeller?

2) Welche Nachwirkungen des erlittenen Eisenbahnunfalles lassen sich wahrnehmen?

3) Wird dadurch die Erwerbsfähigkeit des Klägers im Allgemeinen beeinträchtigt, und in wie weit?

4) Wird im Besondern seine Fähigkeit zur Besorgung des Postdienstes aufgehoben oder beschränkt, und in welchem Maaße?

5) Ist die sich ergebende Beschränkung der Erwerbsfähigkeit voraussichtlich eine bleibende oder darf auf gänzliche Wiederherstellung derselben gehofft werden?

Diese Fragen wurden von den Sachverständigen beantwortet wie folgt:

„Die Fragen I und II erledigen sich durch die oben von uns gemachten Aufnahmen betreffend die am 20. Februar 1871 vorgenommene Untersuchung.

„Die Frage III: „Wird dadurch (d. h. die gegenwärtige Krankheit des Gfeller) die Erwerbsfähigkeit des Klägers im Allgemeinen beeinträchtigt, und in wie weit?" beantworten wir dahin, daß bei der progressiven Entwicklung des diagnostizirten Hirnleidens, welches bereits bedeutende Fortschritte gemacht hat, eine Zunahme der geistigen und körperlichen Funktionsstörungen nicht ausbleiben kann. Die Erwerbsfähigkeit des Patienten ist schon in dem gegenwärtigen Stadium als vollkommen verloren zu betrachten.

„Ad Frage IV haben wir zu bemerken, daß allein die zunehmende Gedächtnißschwäche des Gfeller ausreicht, ihn für den Postdienst unfähig zu machen, ganz abgesehen von den übrigen geistigen Störungen und den körperlichen Mangelhaftigkeiten.

„Die Frage V betreffend, erklären wir: Die von uns diagnostizirte Krankheit schließt in sich eine oft langsame, aber stetige Zunahme der Krankheitssymptome; sie kann unseres Wissens weder durch medizinische noch psychische Mittel in ihrer Weiterentwicklung aufgehalten werden. Sie geht allmälig in totalen Verlust der Geisteskräfte über, womit auch häufig starke Beeinträchtigungender körperlichen Funktionen (Lähmungen) verbunden sind."

„Die Krankheit ist also unheilbar."

Domizilverzeigung bei Eigenwechseln.

Urtheil des Handelsgerichts von Genf.

Genet gegen Wallis.

(7. November 1872.)

(Vide Zeitschrift I, 357. VII, 85 und 97 ff.)

Die Frage, ob die Erklärung auf einem Eigenwechsel, daß derselbe an einem bestimmten Orte zahlbar sei, einen Gerichtsstand begründe, wurde vom Bundesrathe wiederholt, entgegen dem Antrage seines Justizdepartementes, affirmativ entschieden. Die daherige Erklärung lautete folgendermaßen:

Au . . . . prochain, l'Etat du Valais payera par cette première de change à l'ordre de la banque du Valais et au domicile ci bas indiqué la somme de . . . .

Valeur reçue comptant.

Au domicile . . . .

de . . . .

Wir haben die Ansicht des Bundesrathes nie getheilt, sondern stets angenommen, es habe durch obige Erklärung nur der Ort bezeichnet werden sollen, wo gültig zur Zahlung präsentirt und erforderlichen Falls Protest erhoben werden könne. Dagegen haben wir derselben nie den Sinn beilegen können, daß dadurch der Schuldner ein von seinem ordentlichen Forum verschiedenes forum prorogatum habe begründen wollen. Es gereicht uns daher zur Genugthuung, unsere Ansicht von dem Handelsgericht Genf getheilt zu sehen, und wir theilen dasselbe um so lieber mit, als auch der in den Motiven so energisch ausgesprochene Wunsch nach einem schweizerischen Handelsgesetzbuch Beachtung verdient. — Das Urtheil lautet in der Ursprache:

Vu les conclusions des parties et les pièces produites;

Attendu que le demandeur réclame paiement d'un billet à ordre, dont il est porteur par endossement régulier, de fr. 10,000 souscrits au nom de l'Etat du Valais par le chef de son département des finances, le sieur Allet, à l'échéance du 25 Novembre 1870, payable au domicile de MM. Reverdin & Cie, à Genève, et protesté faute de paiement par acte enregistré de l'huissier Lachenal du 26 Novembre 1870;

Attendu que le défendeur, débiteur suisse, ayant domicile et solvable, excipe de l'incompétence du tribunal de céans, qu'il déclare n'avoir point renoncé au bénéfice de l'art. 50 de la Constitution fédérale, lequel réserve à tout citoyen suisse le droit d'être poursuivi devant son juge naturel, c'est-à-dire devant celui de son domicile réel, soit, dans l'espèce, devant les tribunaux valaisans;

Attendu en droit que la seule question à examiner est celle-ci: l'Etat du Valais, en souscrivant un billet à ordre payable au domicile de MM. Reverdin & Cie, à Genève, a-t-il entendu faire élection de domicile dans ce canton, et accepter par conséquent la juridiction genevoise en cas de poursuites résultant du non-paiement de ce billet?

Attendu que cette intention de la part du défendeur ne résulte point du billet à ordre produit, que l'indication d'un lieu de paiement ne saurait être équivalente à une élection

de domicile dans le sens juridique de ce mot (Code de commerce, art. 111), que cela ne découle ni des lois actuelles, ni des usages du commerce;

Attendu que le but de l'Etat du Valais, en stipulant que son billet serait payable à Genève, était de lui donner plus d'importance comme valeur de change, que la négociation en devenait, par cela même moins onéreuse et plus facile, que les acheteurs de traites sur Genève sont, en effet, plus nombreux que ceux des lettres de change fournies sur Sion;

Attendu que ces motifs suffisent amplement à expliquer l'intention du défendeur sans qu'il y ait lieu de lui prêter celle d'avoir voulu renoncer à sa juridiction naturelle;

Attendu, au surplus, qu'il est tout à fait invraisemblable que cette renonciation ait été même mentionnée, et encore moins entendue, entre l'Etat du Valais, souscripteur du billet de la banque du Valais, à laquelle le dit billet a été directement endossé par le défendeur; qu'ainsi, à plus forte raison, le dit souscripteur n'a pu consentir à aucune convention de cette nature avec le second endosseur, le demandeur actuel; que, par conséquent, il n'y a pu avoir entre les parties aucune stipulation speciale attributive de juridiction;

Quant aux arrêts de la Haute Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, lesquels ont écarté le jugement du tribunal de céans et l'arrêt de la Cour de justice de ce canton, en repoussant, dans une cause analogue, l'exception d'incompétence de l'Etat du Valais;

Attendu qu'ils portaient sur d'autres billets à ordre, que, en fait comme en droit, ces décisions sont étrangères à la demande actuelle, qu'elles constituent de simples monuments de jurisprudence sans portée légale pour l'espèce;

Attendu, d'autre part, que ces divergences regrettables dans la jurisprudence commerciale des cantons entr'eux, et de la Confédération, fournissent une fois de plus la preuve que l'introduction pour notre pays d'une législation uniforme en ces matières est d'une urgence absolue, que l'intérêt bien entendu de la communauté commerciale la réclame hautement; que, en particulier, une loi qui réglera d'une manière définitive dans toute l'étendue de la Confédération le contrat de change et tout ce qui s'y rapporte rendra d'immenses services aux intérêts que le tribunal de céans a pour mandat de sauvegarder;

Mais, attendu que cette loi fédérale n'existe malheureusement pas encore, qu'il ne saurait donc être statué sur la de-

mande actuelle que d'après les lois en vigueur aujourd'hui et les usages du commerce;

Attendu que ces lois comme ces usages ne permettent point de confondre l'indication du lieu de paiement avec l'élection de domicile, qu'ainsi le défendeur est fondé à invoquer en sa faveur l'art. 50 de la Constitution fédérale; qu'il n'a point renoncé à sa juridiction naturelle, et que c'est par-devant elle que le demandeur doit le poursuivre pour les causes sus-énoncées;

Par ces motifs, le tribunal, jugeant en premier ressort, se déclare incompétent, renvoie le sieur Genet à mieux agir et le condamne aux dépens.

Nachtrag zu Bd. VII, p. 353 ff.

Wir haben in Nr. 12 des VII. Bandes ein Befinden mitgetheilt über die Frage, welche Förmlichkeiten bei Aufhebung eines Ehetages zu beobachten seien. Im Nachfolgenden theilen wir nun auch das Urtheil des Appellations- und Cassationshofes mit, welches die damals streitige Frage in abweichendem Sinne entschied. Das erstinstanzliche Urtheil hatte die Aufhebungsurkunde vom 20. Jenner 1857 als unförmlich und soweit es die Kläger betrifft, ungültig erklärt, das oberinstanzliche dagegen wies die Kläger mit ihrem Rechtsbegehren ab.

Frau Anna Barbara Krieg gegen Bendicht Kiener und Mithafte.

(15. Juli 1859.)

Motive:

1) daß nach Satz. 905 C. zur einfachen Aufhebung eines Ehetages oder einer Eheverkommniß die Errichtung einer Urkunde erforderlich ist, die von beiden Ehegatten und von zwei Zeugen unterschrieben oder von einem Notar abgefaßt und von ihm und von den Zeugen unterschrieben werden muß;

2) daß, abgesehen von der prinzipiellen Frage, ob bei notarialisch abgefaßten Vertragsurkunden das Concept (die Minute) des Notars oder aber die Ausfertigung Regel mache (d. h. mit den sei es allgemein oder speziell für ein bestimmtes Geschäft vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen sein müsse), hier jedenfalls bezüglich der Aufhebung der Eheverkommniß der Eheleute

Krieg eine **Urkunde**, bestehend in einem notarialisch abgefaßten, von dem Notar und zwei Zeugen unterzeichneten Akte vorliegt, somit allen erwähnten gesetzlichen Erfordernissen ein Genüge geleistet ist, und daß die einmal constante Rechtsförmigkeit und Gültigkeit des Geschäfts dadurch keinen Eintrag erleiden kann, daß in der gemachten Ausfertigung der Urkunde nicht alle Förmlichkeiten derselben, wie namentlich die Unterschrift der beiden Zeugen, nochmals vorkommen.

Literarische Anzeigen.

Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, von Dr. Ernst Sigismund Puchelt.

Bei unserer letzten Revisionsbewegung hörte man oft die Nothwendigkeit der Einheit des Rechtes anerkennen und gleichzeitig die ebenso nothwendige Einheit der Rechtssprechung verwerfen. Wir freuen uns daher, von dem Verfasser des obigen Werkes den Satz unumwunden aussprechen zu hören, daß die Einheit des Rechtes auf die Dauer nicht denkbar sei ohne die Einheit der Rechtssprechung, da auch das beste Gesetz zu Zweifeln Anlaß gebe und die Verschiedenheit der Menschen sich auch in Anwendung und Auslegung des Gesetzes geltend mache. Allein auch die einheitliche Rechtssprechung gewährt nur dann den vollen Nutzen, wenn sie auch hinlänglich bekannt und gekannt ist. Nun haben wir wohl eine treffliche Sammlung der Entscheidungen des Oberhandelsgerichtes von Leipzig; allein nicht alle Juristen besitzen diese bereits auf 6 Bände angewachsene Sammlung und noch weniger werden sich die Mühe geben, in den Zeitschriften die einzelnen Entscheidungen nachzusuchen. Für sie ist daher eine Ausgabe des Handelsgesetzbuches geradezu unentbehrlich, welche diese oberstrichterliche Praxis in umfassender Weise verwerthet und zum Gemeingute Aller macht. Wenige dürften auch zu einer solchen Arbeit geeigneter sein als Dr. Puchelt, der selbst Mitglied des Oberhandelsgerichtes ist, somit nicht nur die Protokolle desselben mit vollster Freiheit benutzen kann, sondern auch an der Urtheilsfällung selbst Theil nimmt, und somit gewiß im Falle ist, das Gesetz im Sinne dieser Behörde auszulegen und uns zum sicheren Führer zu dienen. Puchelt ist überdieß auch ein solider Kenner des französischen Rechtes und gibt seinem Commentare durch stete Hinweisung auf dasselbe einen erhöhten Werth, den namentlich wir auf der Grenzscheide stehenden und

eines eigenen Handelsgesetzbuches ermangelnden bernischen Juristen sehr wohl zu schätzen wissen.

Das Buch erscheint schön ausgestattet in 8—9 Lieferungen von 6 Bogen, und die bisher erschienenen drei Hefte rechtfertigen in jeder Beziehung die Erwartungen, welche von einer Arbeit dieses Gelehrten gehegt werden durften, und wenn wir wünschen, daß ein Commentar sich bei unseren Gerichten einbürgere, so ist es dieser.

So bald Zeit und Raum es gestatten, werden wir den Lesern unserer Zeitschrift auch Bericht erstatten über die bisher erschienenen Bände der von dem nämlichen Herrn Puchelt herausgegebenen Zeitschrift für französisches Civilrecht. Leider ist uns der erste Band derselben nie zugekommen.

Prof. K. G. König.

Gedichte von Rudolf Niggeler.

Verse und Lieder gehören nicht in das Gebiet der juristischen Literatur, und wenn wir dessen ungeachtet ihrer hier gedenken, so geschieht es, weil der Dichter Jurist und Advokat ist. Kaum bietet ein anderer Beruf so viele Gelegenheit, die schlimmeren Seiten des menschlichen Herzens kennen zu lernen, als derjenige des Advokaten, und da sie ihm mehr Vortheil zu bringen pflegen, als die guten, so liegt auch die Versuchung nahe, sie nicht mit allzu kritischen Augen zu beurtheilen. Desto erfreulicher ist es, wenn der Jurist bei all' diesem Treiben und trotz aller Juristerei ein offenes Herz und einen offenen Sinn bewahrt für alles Ideale und Schöne, wie er in diesen Gedichten sich offenbart; und daß dem warmen Herzen auch ein kühler Kopf zur Seite steht, beweist uns die glückliche Auswahl der Stoffe, die gewandte Handhabung und Beherrschung der Sprache und der knappe und bündige Gedankenausdruck. Unserem Dichter wird es nicht ergehen wie Ovid, der sich auch als Anwalt versuchte, diese Beschäftigung aber aufzugeben für gut fand, weil seine Plaidoyer's unwillkürlich zu Ergüssen in Versen wurden — quidquid tentabam dicere versus erat.

Das niedlich ausgestattete Bändchen ist jedem Juristen, der auf die Praxis fährt, als angenehme und erfrischende Reiselektüre bestens zu empfehlen. K.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 8.

Februar 1873.

Aussöhnungsversuch in Streitsachen, welche der Competenz des Gerichtspräsidenten unterliegen.

In dem Entwurfe eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, wie er im Juni und Juli 1847 den Berathungen des Großen Rathes unterbreitet wurde, lautete der § 111:

Wer als Kläger den Weg des Rechts betreten will, ist gehalten, sich bei dem zuständigen Friedensrichter um die Veranstaltung eines Aussöhnungsversuches zu melden.

Von dieser Vorschrift sind jedoch ausgenommen:

1) Die Streitigkeiten in Vaterschafts- und Ehesachen.
2) Die Streitfälle, in welchen das Gesetz die Anbringung der Klage ohne Aussöhnungsversuch erlaubt.
3) Die Streitsachen, in welchen bei eintretender Zögerung die Verwirkung des Klagerechts zu besorgen stünde, und

4) Die Streitsachen, welche der Competenz des Gerichtspräsidenten unterliegen.

Bei der ersten Berathung wurde Streichung von Nr. 4 beantragt und troß sehr begründeten Widerspruches auch durchgesetzt. Der Berichterstatter beantragte daher bei der zweiten Berathung die Wiederaufnahme dieser Bestimmung, blieb jedoch abermals in Minderheit, und es wurde daher diese Nr. 4 definitiv gestrichen. Wäre diese Bestimmung die einzige, die Frage berührende gewesen, so würde durch ihre Beseitigung die Entstehung der gegenwärtigen Streitfrage unmöglich geworden sein. Dem war aber nicht so, vielmehr enthielten gerade diejenigen Artikel, in welchen das Verfahren in Streitsachen, welche der Competenz des Gerichtspräsidenten unterliegen, geordnet wird, theils positive Bestimmungen über den Ausschluß des Aussöhnungsversuches, theils solche, welche nur unter dieser Voraussetzung einen vernünftigen Sinn erhalten. So wurde gleich am folgenden Tage nach Streichung obiger Nr. 4 dem Großen Rath der § 304 (jetzt 310) in folgender Fassung vorgelegt:

In Streitsachen, die der endlichen Beurtheilung des Gerichtspräsidenten oder des Friedensrichters unterliegen, findet die Anhebung der Streitverhandlung ohne vorherigen Aussöhnungsversuch statt ꝛc.

In folgerichtiger Anwendung des gestrigen Beschlusses mußten in diesem Artikel die unterstrichenen Worte gestrichen werden, wollte man nicht heute wieder einführen, was gestern wegerkennt worden war. Allein weder bei der ersten noch bei der zweiten Berathung wurde ein derartiger Antrag gestellt, sondern der Artikel in seiner jetzigen Fassung angenommen, und ebensowenig wurde bei den übrigen sachbezüglichen Artikeln ein Abänderungsantrag gestellt. Demgemäß erschien auch in der amtlichen Ausgabe der gegenwärtige § 310 mit den Worten „ohne vorherigen Aussöhnungsversuch", und von den angezeigten Druckfehlern hat keiner auf diesen Artikel Bezug.

Dagegen wurde mit dem Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten auch das Vollziehungsverfahren promulgirt, und unter

den auf der Rückseite des letzten Blattes desselben nachgetragenen „Berichtigungen" finden wir nun folgende Bemerkung: „Im ersten Theil des gegenwärtigen Gesetzbuches sind auf Seite 108, Zeilen 8 und 9 von oben die Worte „ohne vorherigen Aussöhnungsversuch" bei der endlichen Redaktion irrthümlich stehen geblieben und demnach zu streichen."

Diese Berichtigung ist von Niemand beglaubigt, mithin eine bloße Anmerkung des „Setzers." Sie ist aber auch unrichtig, denn der Artikel wurde wirklich in der Fassung angenommen, in welcher er in der amtlichen Ausgabe steht, und wenn daher ein Irrthum stattfand, so wurde er bei der Annahme des Gesetzes durch den Großen Rath begangen und nicht bei der endlichen Redaktion des Gesetzes, für die überhaupt nach der Gesetzesannahme kein Raum mehr war. Nun können wir aber Niemanden das Recht zugestehen, Irrthümer des Großen Rathes, welche sich in die Gesetze eingeschlichen haben und sich nicht auf offenbar unrichtige Ausdrücke beziehen, zu berichtigen als dem Großen Rathe selbst. Von dieser Behörde aber ist eine solche Berichtigung niemals erfolgt und der Ausleger ist daher verpflichtet an derjenigen Redaktion festzuhalten, welche in der amtlichen Ausgabe angenommen ist. Zu einem andern Resultate und einer nothwendigen Berichtigung würden wir vielleicht denn gelangen, wenn in Folge der Streichung von Nr. 4 Widersprüche in dem Gesetze entstanden wären, welche nur durch eine Textesänderung gelöst werden könnten. Dieß ist aber gar nicht der Fall; zwischen § 111 und § 310 P. besteht nicht der mindeste Widerspruch, vielmehr die größte Uebereinstimmung.

Durch Streichung von Nr. 4 wurde nur das negative Resultat herbeigeführt, daß Streitigkeiten, welche in die Competenz des Gerichtspräsidenten fallen, nicht ausdrücklich von der Vorschrift ausgenommen sind, daß der Klagsanhebung ein Aussöhnungs vorausgehen soll. Daneben blieb aber Nr. 3 des nämlichen Artikels stehen, wonach der Aussöhnungsversuch in den Streitfällen nicht stattzufinden hat, wo das Gesetz die Anbringung der Klage ohne einen solchen erlaubt. Dieß ist

nun aber gerade bei richterlichen Competenzsachen der Fall in Folge Beibehaltung der Worte „ohne vorherigen Aussöhnungsversuch" in § 310. Die beiden §§ 110 und 310 in ihrer jetzigen Fassung widersprechen sich daher nicht nur nicht, sondern es kann sogar der eine ergänzend auf den andern bezogen werden, und gegenüber der beibehaltenen positiven Vorschrift des § 310 ist die Streichung in § 110 gleichgültig und einflußlos.

Allein wir gehen noch weiter. Wollte der Gesetzgeber den Aussöhnungsversuch in Streitigkeiten dieser Art wirklich vorschreiben, so mußte er nicht nur die mehrerwähnten Worte in § 310 streichen, sondern er mußte noch weiter gehen. Es schreibt nämlich § 313 P. ausdrücklich vor: Erscheinen die Parteien vor dem Richter, so hört dieser ihre Vorträge an und sucht sie wo möglich zu vergleichen. Gelingt ihm dieses nicht, so fällt er in der Sache sogleich sein Urtheil u. s. w. Diese Vorschrift hat nur dann einen Sinn, wenn der Erscheinung kein Aussöhnungsversuch vorangegangen ist, dagegen keinen, wenn dieß der Fall war, und die streitenden Parteien mit dem friedensrichterlichen Zeugniß des fruchtlos abgelaufenen Aussöhnungsversuches vor dem Richter erscheinen müssen. Auch diese Bestimmung des § 313 hätte daher geändert werden müssen. Endlich läßt sich auch die Kostenbestimmung in § 315 P. nur dann rechtfertigen, wenn die Parteien im Bagatellprozeß ohne Aussöhnungsversuch erscheinen dürfen, nicht aber denn, wenn sie vorher noch eine oder zwei Erscheinungen vor Friedensrichter durchmachen müssen, denn in diesem Falle können leicht die Baarauslagen des Klägers die Maxima von Fr. 23 und 34 übersteigen.

Aus dem Angeführten ergibt sich wohl unzweifelhaft, daß der Große Rath zwar die Absicht gehabt haben mag, auch bei richterlichen Competenzsachen die Abhaltung eines Sühneversuches vorzuschreiben, daß aber diese Absicht im Gesetze selbst keinen entsprechenden Ausdruck gefunden hat, und da der Wille des Gesetzgebers nur in soferne maßgebend ist, als er im Ge-

setze ausgesprochen und nicht bloß gedacht ist, so sind wir nicht berechtigt, an dem amtlich beglaubigten Texte etwas zu ändern. Demgemäß ist bei Streitsachen, welche in die Competenz des Gerichtspräsidenten fallen, d. h. Fr 144. 93 nicht übersteigen, ein Aussöhnungsversuch nicht abzuhalten, und hatten die Herren Niggeler und Vogt unrecht, gestützt auf eine durch nichts beglaubigte sogenannte „Berichtigung" in ihrer Ausgabe die Worte „ohne vorherigen Aussöhnungsversuch" aus dem amtlichen Texte zu entfernen.

Prof. K. G. König.

Ein wechselrechtlicher Entscheid des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 23. Juli 1872.

(Eingesandt.)

Ein in Chur wohnhafter Aargauer stellte in dort den 1. Februar 1869 mit Verfall auf 15. April prox. an die Ordre des J. U. C. einen Eigenwechsel im Betrage von Fr. 500, Werth richtig erhalten, mit der Verpflichtung aus, „zur Verfallszeit prompte Zahlung nach hiesigem und aller Orte Wechselrecht unter Begebung aller Ausflüchte zu leisten"; der Remittent des Wechsels begab denselben weiter, und als auf Verfall nicht Zahlung erfolgte, wurde Protest erhoben und der Wechsel kam an den ersten Indossaten zurück. Unterdessen war der Aussteller des Wechsels unter Vormundschaft gestellt worden und sein rechtlicher Wohnsitz kam in den Kanton Aargau.

§ 65 der Aargauischen Wechselordnung enthält folgende Bestimmung:

„Die wesentlichen Erfordernisse eines außerhalb des Kan-
„tons ausgestellten Wechsels, sowie jeder Wechselerklärung
„werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo jeder
„einzelne Akt (Ausstellung, Indossament, Accept u. s. w.) er-
„folgt ist."

Im Kanton Graubünden besteht zwar keine Wechselordnung, jedoch ist das Wechselinstitut dort gesetzlich anerkannt; § 8 des Gesetzes über den Schuldentrieb vom 25. März 1848 und 8. Jänner 1853 enthält folgende Bestimmung:

„Verfahren bei Unkanntlichkeitserklärungen.

„Bei auf obige Weise gehörig erklärter Unkanntlichkeit „bleibt die Schatzung eingestellt und der Gläubiger ist auf „den gerichtlichen Weg zu weisen; es sei denn, daß derselbe „für seine Forderungen ein rechtskräftiges Urtheil, verfallene „acceptirte Wechsel oder Pagheros (Anweisungen auf sich selbst) „oder andere ganz liquide Rechtstitel vorgewiesen habe und „die Einwendungen des Schuldners als offenbar nichtig und „trölerisch erscheinen, worüber der Gautrichter mit Zuzug der „zwei Schätzer zu erkennen hat. In diesem Fall soll trotz der „erhobenen Unkanntlichkeit der Rechtstrieb fortgesetzt und nur „dann unterbrochen werden, wenn der Schuldner für die ganze „anhängige Forderung sammt den ergehenden Betreibungs„kosten eine vollkommen genügende Real- oder Personalcaution „(genügendes Unterpfand oder eine annehmbare Bürg- und „Zahlerschaft) stellt.

„Wenn übrigens bei ermangelnder Sicherstellung die „Schatzung auch vollzogen wird, so bleibt es dem Schuldner „immer vorbehalten, mittelst gerichtlicher Betreibung gegen den „Gläubiger seine allfälligen Rechte nachträglich geltend zu „machen."

Gestützt auf diese beiden Bestimmungen wurde gegen den Wechselschuldner, resp. dessen Vormund, im Kanton Aargau Wechselvollstreckung verlangt; das bezügliche Bezirksamt schlug sie ab; auf Beschwerde des Wechselinhabers wurde sie jedoch von der Justizdirektion ertheilt, vom Regierungsrath aber wieder aufgehoben, so daß dem Wechselinhaber lediglich der Weg der bürgerlichen Klage gegen den Wechselschuldner übrig blieb; welchen er auch beschritt. Die Forderung wurde in erster Linie als Wechselforderung, in zweiter als eine ge-

wöhnliche Schuldforderung geltend gemacht, und das Klagsbegehren ging auf Bezahlung des Wechselbetrages von Fr. 500, nebst Protestkosten und Retourspesen nebst Verzugszins zu 5% seit Verfall des Wechsels. U. F. d. K.

Die Vertheidigung des Wechselschuldners war im wesentlichen folgende:

1) Im Kanton Graubünden bestehe keine Wechselordnung, daher auch kein Wechselrecht; die vorwürfige Urkunde entbehre daher der Eigenschaft eines Wechsels.
2) Der Remittent des Wechsels habe dem Aussteller desselben Maschinen verkauft, die Kaufsumme sei in Wechseln zahlbar gewesen, und der vorwürfige Wechsel gehöre unter diejenigen, welche vom Käufer infolge dieses Vertrages ausgestellt worden seien; die Kaufsgegenstände seien aber vom Verkäufer dem Käufer nicht übergeben worden, sondern er habe anderweitig darüber verfügt. Hierauf gestützt, wurde der Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von Seite des Verkäufers, resp. Wechselremittenten, eventuell die Einrede der Compensation für die Gegenforderung entgegengehalten, welche dem Käufer gegen den Verkäufer, resp. Wechselremittenten, Indossanten des Klägers, zustehe, da letzterer sich alle Einreden gefallen lassen müsse, welche dem Aussteller des Wechsels gegen dessen Remittenten zustehen.

Das Klagebegehren wurde bestritten.

Replicantisch ließ sich der Kläger also vernehmen:

Ad 1. Der Nichtbestand einer Wechselordnung im Kanton Graubünden schließe nicht aus, daß das Wechselinstitut dort gesetzlich anerkannt sei; diese Anerkennung gehe aus § 8 des dortigen Schuldentriebgesetzes unzweideutig hervor.

Ad 2. Die vom Beklagten angeführten Thatsachen seien dem Kläger ganz unbekannt, er anerkenne sie daher nicht, indessen seien sie, wenn man auch die Urkunde nicht als einen Wechsel, sondern lediglich als eine gewöhnliche Schuldurkunde auffassen wolle, aus folgenden Gründen unerheblich:

a. Der Wechsel sei an die Ordre des Remittenten ausgestellt.

b. Im Begriff: „an die Ordre" liege die Verpflichtung, an jeden rechtmäßigen Inhaber der betreffenden Urkunde Zahlung zu leisten, also ein Verzicht auf alle Einwendungen, die aus dem Rechtsverhältnisse des Ausstellers zum Remittenten hergeleitet werden könnten.

c. Wofern auch alles richtig sein würde, was der Beklagte behaupte, so müsse letzterer jedenfalls die Unvorsichtigkeit an sich tragen, daß er durch Ausstellung der fraglichen Wechsel die Kaufsumme bezahlt habe, bevor die Kaufsgegenstände ihm übergeben worden seien, er könne nicht einen gutgläubigen Erwerber des fraglichen Wechsels dafür büßen lassen.

Das Untergericht erkannte:

„Der Beklagte habe zu beweisen:

1) „Daß die in Beilage 1 der Antwort von N. N. verkauften Maschinen ihm nicht übergeben werden konnten, „weil er zur Zeit nicht mehr Eigenthümer war und „und dieselben schon im Weinmonat 1868 dem N. K. „verkauft und übergeben hatte, und daß die in Beilage „11 vorkommenden Maschinen die gleichen sind, welche „unter Beilage 1 enthalten."

2) Gelinge dem Beklagten dieser Beweis, so habe er ferner zu beweisen:

„daß der eingeklagte Wechsel einen Antheil des Kaufspreises bilde, für welchen 5 Sola-Wechsel à Fr. 500, „fällig am 15. April 1869, ausgestellt worden."

Beide Theile legten Appellation ein; das Obergericht, erkannte, indem es das untergerichtliche Urtheil zu Ungunsten der Kläger abänderte:

1) Der Beklagte habe darzuthun, daß die Unterschriften auf dem Kaufvertrage d. d. 1. Februar 1869 (auf der Antwortbeilage 1) ächt seien.

2) Gelinge dem Beklagten dieser Beweis, so habe er ferner zu beweisen:

„daß der eingeklagte Wechsel einen Antheil des Kauf„preises bilde, für welchen 5 Sola-Wechsel à Fr. 500, „fällig am 15. April 1869, ausgestellt worden."

Wir entnehmen den Motiven des Urtheiles folgende Stelle:

„Der Beklagte begegne sodann dem Anspruche der Kläger „mit der Einwendung, daß die letztern den Vertrag nicht er„füllt haben, indem sie auf den im Antwortanbringen erwähn„ten Fahrhabkaufsvertrag d. d. 1. Februar 1869 hinweisen „und die Behauptung aufstellen, der Wechsel, mit dem die „Klage begründet werden wolle, sei einer der fünf Solawechsel „à Fr. 500, welche einen Theil der im Vertrag vom 1. Febr. „1869 festgesetzten Kaufssumme von Fr. 10,000 ausmachen, „dem Beklagten seien aber die ihm veräußerten Maschinen ꝛc. „vom Verkäufer nicht übergeben worden und sei demgemäß „der Beklagte auch nicht verpflichtet, den Kaufpreis, resp. die „geforderten Fr. 500 zu bezahlen. Diese auf jenen Vertrag „bezüglichen Behauptungen des Beklagten erweisen sich nun „als erheblich und müsse daher, da sie bestritten seien, in „erster Linie auf den Beweis der Aechtheit der Unterschriften „auf der Vertragsurkunde d. d. 1. Februar 1869 (Antwort„beilage 1) und eventuell, d. h. im Falle Gelingens, des „Aechtheitsbeweises auf Beweis dafür erkennt werden, daß „der streitige Wechsel einer der fünf Solawechsel sei, welche „im Kaufsvertrage (nämlich unter II. 3 desselben) als ein „Bestandtheil des bedungenen Kaufpreises aufgeführt seien. „Diese Thatsachen seien nämlich, wenn sie sich als wahr her„ausstellen, von einem solchen Gewicht, daß sie auf die Be„urtheilung der streitigen Frage einen entscheidenden Einfluß „ausüben müßten."

Die Kläger unterstellen dieses Erkenntniß der Beurtheilung von Rechts- und Handelskundigen und dürfen sich die Frage erlauben, ob der in Frage stehenden Urkunde

die Eigenschaft eines Wechsels mit Grund abgesprochen und die Urkunde lediglich als eine gewöhnliche Schuldschrift angenommen werden könne; — ob es mit rechtlichen Begriffen vereinbar sei, dem Indossaten des fraglichen Papieres den Beweis zuzumuthen, daß sein Indossant, der Remittent des Wechsels, den Verkaufsvertrag mit dem Aussteller erfüllt habe, während der Wechsel „Werth empfangen" ausgestellt und darin das fragliche Kaufsgeschäft gar nicht erwähnt worden ist.

Wir vermögen es nicht zu fassen, daß der gutgläubige Inhaber des Papieres unter diesen Verhältnissen den Beweis hätte erbringen sollen, daß der Remittent desselben den in dem Papiere in keiner Weise erwähnten Kaufsvertrag erfüllt und daß der gegenwärtige Inhaber des Papieres nun die Folgen zu tragen habe, wenn, angenommen das beklagterseits behauptete Kaufsgeschäft habe seine Richtigkeit, der Käufer die Unvorsichtigkeit gehabt hat, die Kaufsumme in Wechseln „Werth empfangen" zu bezahlen, bevor die Kaufsgegenstände ihm übergeben worden waren.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Juni 1872.

8) Antrag auf Verschließung des Forums von Amteswegen. Wenn nach ergangener Appellationserklärung Parteien sich über die Hauptsache vergleichen, so kann über die noch streitige Kostenfrage der Entscheid des Gerichtes angerufen werden.

Glauser gegen Thönen.

(15. Juni 1872.)

Das Richteramt Frutigen sprach am 1. März 1872 in dem zwischen Herrn Thönen, Eigenthümer des Gasthofs zur Gemmi

in Kandersteg, und seinem Geschäftsführer Glauser obwaltenden Rechtsstreite dem Kläger seine dahin gehenden Rechtsbegehren zu:

1) Es seien auf dem Wege einer provisorischen Verfügung in fraglicher Sache die Rechte des Herrn Thönen in der Weise sicher zu stellen, daß Herr Glauser gehalten sei, ihm zu jeglicher Zeit, so bald Herr Thönen es für nöthig finde, Einsicht in sämmtliche Bücher des Geschäfts, überhaupt in den sämmtlichen Verkehr desselben und natürlich auch in die Kasse zu gestatten.

2) Es solle dem Herrn Glauser untersagt werden, die Gelder, die ihm vom Geschäfte eingehen, in einem andern als dem gemeinschaftlichen, respektive in seinem eigenen Nutzen zu verwenden.

Glauser wurde zu den auf Fr. 316. 85 bestimmten Kosten verurtheilt.

Gegen dieses Urtheil erklärte Glauser die Appellation.

Bei der oberinstanzlichen Erscheinung nun legte sein Advokat einen zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleich vom 23. April 1872 vor, wonach sich der Streit mit Ausnahme des Kostenpunktes als erledigt darstellte, und beantragte hierauf gestützt, es sei Herr Thönen zu den Kosten zu verurtheilen, eventuell dieselben seien zwischen den Parteien wettzuschlagen. Der Advokat des Herrn Thönen beantragte dagegen, es sei die Gegenpartei zu den Kosten zu verurtheilen; in Betreff der Hauptsache erklärte er sich mit der Gegenpartei einverstanden.

Bevor jedoch die Parteien nach Abgabe dieser Erklärungen ihre Vorträge begannen, ergriff der Referent das Wort und beantragte, es sei aus Grund, daß die Hauptsache erledigt und nur noch die Kostenfrage zu beurtheilen sei, gestützt auf die Vorschrift des § 331 P., dem Appellanten das Forum von Amtswegen zu verschließen.

Der Appellations- und Cassationshof lehnte jedoch nach Anhörung der Parteien diesen Antrag ab und eröffnete dem Glauser das Forum.

Motive:

1) Daß zwar nach § 31 P., letzter Abschnitt, wegen der Bestimmung der Kosten keine Appellation stattfindet, wenn die unterliegende Partei gegen das Haupturtheil die Weitersziehung nicht ergriffen hat;

2) daß jedoch Jakob Glauser gegen das erstinstanzliche Urtheil des Gerichtspräsidenten von Frutigen, vom 1. März

1872, in seinem ganzen Inhalt die Appellation erklärt und der Streit über die Hauptsache, d. h. über die Seitens des Gottlieb Thönen verlangte provisorische Verfügung erst seit der Appellationserklärung infolge Vergleichs dahin gefallen ist, weßhalb die Voraussetzungen des angeführten § 331 P. für die Unzulässigkeit der Appellation nicht vollständig vorhanden sind*).

Betreffend die Hauptsache, erklärte das Gericht den ursprünglichen Streitpunkt als erledigt und verurtheilte den Jakob Glauser gegenüber Gottlieb Thönen zu Bezahlung der Hälfte der Prozeßkosten.

Motive:

1) Daß Parteien, laut den heute abgegebenen Erklärungen ihrer Anwälte, mittelst des vom Anwalt des Jakob Glauser vorgelegten Vergleiches den Streit über die provisorische Verfügung beseitigt haben, ohne sich auch über den Kostenpunkt zu vergleichen, so daß nur noch dieser streitig und zu beurtheilen ist;

2) daß die Verhängung einer provisorischen Verfügung, so weit es die Seitens des Gottlieb Thönen verlangte Einsicht in sämmtliche Bücher des zwischen ihm und Glauser bestehenden gemeinschaftlichen Geschäfts u. s. w. betrifft (erstes Rechtsbegehren), begründet ist, indem Thönen als Mitantheilhaber am Geschäft die Berechtigung hat, Einsicht von den Büchern und der Cassa der Gesellschaft zu nehmen, was ihm jedoch Seitens des Glauser, wie aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen hervorgeht, nicht in hinreichendem Maße gestattet worden ist;

3) daß dagegen das zweite Rechtsbegehren des Gottlieb Thönen nicht als begründet erscheint, indem Jakob Glauser weder das Recht beansprucht hat, die für das gemeinschaftliche Geschäft eingehenden Gelder in einen andern als den gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden, noch nachgewiesen ist, daß er dieß gethan hat.

---

*) In Folge des Vergleiches kam das erstinstanzliche Urtheil und somit auch die Appellation darüber nicht mehr in Betracht, sondern es hatte vielmehr der Appellations- und Cassationshof compromißweise den unentschieden gebliebenen Kostenpunkt zu entscheiden.

9) Haupteid und Ergänzungseid.

Buri gegen Selhofer.

(22. Juni 1872.)

Herr Johannes Buri war Eigenthümer eines Gutes in Selhofen, auf welchem sein Schwiegervater Aeschlimann als Aufseher wohnte. Pachtvertrag war keiner abgeschlossen worden und Buri verfügte jeweilen über die Erzeugnisse des Gutes. Dem Aeschlimann überließ er jedoch eine Menge von Beweglichkeiten zum Gebrauch, und diese wurden zur Masse gezogen, als gegen ihn der Geltstag ausbrach. Nach Ausschreibung der Steigerung vindicirte Buri diese Gegenstände, und von den Gläubigern widersetzte sich einzig Herr Tribolet dem daherigen Rechtsbegehren.

In dem nun folgenden Vindicationsprozesse schob Buri zum Beweise seines Eigenthumsrechtes dem gegnerischen Massaverwalter den Haupteid zu, und nachdem derselbe in eidlicher Abhörung auf das Nichtwissen sich berufen hatte, so erkannte der Gerichtspräsident von Seftigen auf den Ergänzungseid, zu leisten durch die Ehefrau des inzwischen auch in Geltstag gefallenen Buri.

Gegen dieses Urtheil erklärte der Massaverwalter im Geltstag des Aeschlimann sofort die Appellation, der Appellations- und Cassationshof aber bestätigte dasselbe.

Motive:

1) Daß der ursprüngliche Kläger, Johann Buri, an dessen Stelle nun seine Geltstagsmasse getreten ist, zum Beweise seines Eigenthumsrechts an den vindicirten Beweglichkeiten den Eid der Gegenpartei angerufen hat;

2) daß der Eidesdelat, Johann Selhofer, in seiner daherigen Abhörung das Nichtwissen vorgeschützt hat und er dieses, da nicht sein eigenes Factum in Frage stund, auch thun durfte, jedoch der ihm in diesem Falle obgelegenen Pflicht, die Wahrheit zu erforschen (§ 261 P.), nicht nachgekommen zu sein scheint, wenigstens sich aus den Akten nicht ergibt, daß er dieses gethan habe;

3) daß, da Buri Eigenthümer des Gutes und Aeschlimann nicht Pächter desselben war, die Vermuthung dafür spricht, daß Ersterer auch Eigenthümer des Viehstandes und der sonstigen Beweglichkeiten gewesen sei;

4) daß unter diesen Umständen der klägerische Beweis nicht als mißlungen zu betrachten, sondern der Fall vorhanden ist, auf den Ergänzungseid zu erkennen;

5) daß die Bestimmung des § 168 P. dem nicht entgegensteht, indem diese Bestimmung auf die Rechte der Parteien im Hauptverfahren Bezug hat, wogegen die Zuerkennung des Ergänzungseides Sache der amtlichen Thätigkeit des Gerichts ist und darüber erst nach dem Aktenschluß erkennt wird;

6) daß auch nicht eingewendet werden kann, daß in dieser Zuerkennung, wenn solche an die klägerische Partei erfolgen würde, ein durch § 266 P. verbotener Versuch des Gegenbeweises läge, indem der Eidesdelat Selhofer einerseits den Eid nicht abgeleistet und anderseits sich über die Wahrheit und Unwahrheit der betreffenden Thatsachen gar nicht ausgesprochen hat;

7) daß die klägerische Partei, resp. Frau Buri, besser als die beklagte Partei, im Falle ist, über das streitige Verhältniß Auskunft zu geben.

Anmerkung der Redaktion. Wir können die Auffassung, die diesem Urtheile zu Grunde liegt, nicht theilen. Der zugeschobene Eid ist ein Haupteid, der vollen Beweis macht und weder ergänzt werden kann noch darf. Schwört der Delat negativ, so ist die klägerische Behauptung nicht bewiesen; gibt er sie zu, so bedarf es keiner Eidesleistung. Der negativen Deposition ist gleichgestellt die Behauptung des Nichtwissens, wenn es sich nicht um ein factum proprium handelt. Jedoch kann der Behauptung des Nichtwissens nur dann diese Bedeutung beigelegt werden, wenn der Delat auch beschwören kann, daß er trotz aufrichtiger Bemühung, die Wahrheit zu erforschen, doch nicht anders deponiren könne. Diese Erklärung aber hat er nicht von sich aus abzugeben, sondern nur auf Befragen des Richters oder der Gegenpartei. Wenn das Protokoll hierüber nichts enthält, so darf nicht angenommen werden, der Delat habe sich keine Mühe gegeben, sondern nur, die Gegenpartei habe darauf verzichtet, diese Frage an ihn zu stellen. Konnte in unserem Falle der Massaverwalter beschwören, die fraglichen Gegenstände seien nicht Eigenthum des Buri, oder er könne darüber keine Auskunft ertheilen, so hatte der Beweisführer seine Behauptung nicht bewiesen.

Mußte der Delat dagegen die gegnerische Behauptung als richtig zugeben, oder konnte er im Falle des Nichtwissens nicht auch beschwören, er habe sich alle Mühe gegeben, die Wahrheit

zu erforschen, so mußte die gegnerische Behauptung als bewiesen angesehen werden.

Ein unvollständiger Beweis aber, der durch einen nothwendigen Eid ergänzt oder aus dem Wege zu räumen wäre, kann bei der Eideszuschiebung nie vorkommen, und wir dürfen daher annehmen, daß dieses Urtheil keine Praxis begründen werde.

10) Entschädigungsforderungen sind nicht zinstragend, wenn das Urtheil, welches die Forderung zuspricht, der Zinse keine Erwähnung thut. Das Urtheil bildet daher nur für die Kapitalsumme und nicht auch für die Zinse von der Klagsanlegung hinweg einen executorischen Titel. Cassation des daherigen Vollziehungsbefehls.

Maßhardt gegen Gröner.

(27. Juni 1872.)

Motive:

Daß, soweit es die fragliche Zinsforderung betrifft, die Bedingungen zu Erlassung eines Vollziehungsbefehls nicht vorhanden waren, indem:

a. Herr Gröner in seiner Klage weder einen Zins gefordert hat, noch ihm ein solcher durch das Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 25. Januar 1872 zugesprochen wurde;

b. somit ein exekutorischer Titel für die Zinsforderung nicht vorliegt.

Daß, angenommen auch, daß bei gewöhnlichen Forderungen die Verpflichtung zu Zahlung von Säumnißzinsen ipso jure kraft der Bestimmung des § 137 P. eintritt, diese Regel auf Schadensersatzforderungen keine Anwendung finden könnte, weil:

a. Schadensersatzforderungen nicht, wie gewöhnliche Forderungen, in einer bestimmten Summe eingeklagt werden, sondern bloß grundsätzlich, wobei das Maß der Entschädigung entweder vom Gericht bei Beurtheilung der Hauptsache, oder auf dem Moderationswege bestimmt wird;

b. ein allfälliger Zinsverlust des Forderungsberechtigten von demselben, als einen Theil seines Schadens bildend, in das einzureichende Verzeichniß gebracht und vom Gericht bei Bestimmung der Entschädigung darauf Rücksicht genommen werden kann und soll.

Der erstinstanzliche Richter hatte dagegen die Zinsbarkeit der festgesetzten Entschädigungssumme anerkannt und das Cassationsbegehren der Herren Maßhardt und Söhne abgewiesen, unter Annahme folgender

Motive:

Daß nach bestimmter Gesetzesvorschrift, § 137 P., jede eingeklagte Geldforderung vom Tage der Anlegung der Klage an zu Fünf vom Hundert zinstragend wird;

daß im vorliegenden Falle die Klage des Herrn Moser-Gröner gegen die Herren N. Maßhardt und Söhne vom 8./14. Februar alternativ auf Erfüllung eines Lieferungsvertrages oder Ersatz des dem Kläger infolge Nichterfüllung dieses Vertrages entstandenen Schadens, also auf Geldforderung gerichtet war, und die Forderung vom Appellations- und Cassationshof durch Urtheil vom 25. Januar 1872 auf Fr. 5750 festgesetzt, nicht aber erst begründet wurde;

daß diese Summe nach der Natur der Sache, sowie nach dem Wortlaute des Motivs Nr. 8 zum bezüglichen Erkenntniß (siehe Zeitschrift Bd. VII, p. 340), lediglich die Preisdifferenz zwischen dem verabredeten Kaufpreise und dem Tageskurse der betreffenden Waare am Lieferungstermine darstellt;

daß es zu Begründung der Zinsforderung einer besondern Anerkennung derselben im Urtheil nicht bedurfte, da die Verpflichtung zur Zahlung von Säumnißzinsen von Gesetzeswegen — ipso jure — eintritt;

daß wenn auch, streng genommen, ein exekutorischer Titel für die Zinsforderung dermalen nicht vorliegt, doch dieselbe mit der Hauptforderung dermaßen eng verbunden ist, daß eine gemeinschaftliche Vollziehung für beide statthaft erscheint. (9. März 1872.)

11) Nichtigerklärung von Veräußerungsverträgen eines zahlungsunfähigen Schuldners, die zum Nachtheile der Gläubiger abgeschlossen worden sind.*)

Massaverwalter Regez gegen Michael Andrist.

(13. Juni 1872.)

Dem daherigen Urtheil entnehmen wir nur die Motive, da sich aus ihnen der Thatbestand, soweit dieß zum Verständniß der Rechtsfrage erforderlich ist, hinlänglich erkennen läßt.

*) O. Schönemann: Die Paulianische Klage wegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger. Gera, 1873.

Motive:

1) Daß nach den Artikeln 228 und 224 St. G. Rechtsgeschäfte, durch welche ein Geltstager zur Zeit, da ihm seine Zahlungsunfähigkeit bekannt war, vor oder nach der gegen ihn erfolgten Geltstagserkennung, in widerrechtlicher Weise Gläubiger oder andere Personen zum Nachtheil der übrigen Gläubiger durch Abtretung von Vermögensstücken unter ihrem Werth oder durch Verschaffung neuer, dem Rang nach besser berechtigter Forderungstitel u. s. w. begünstigt, nichtig erklärt werden sollen, wenn unter den obwaltenden Umständen alle Betheiligten deren Unredlichkeit bei einiger Aufmerksamkeit erkennen konnten;

2) daß durch den zwischen David Andrist und Michael Andrist abgeschlossenen Kaufvertrag vom 1., mit Fertigung vom 4. September 1868 über verschiedene Liegenschaften einzelne Gläubiger des kurz nach Abschluß des Vertrags in Geltstag gefallenen Verkäufers David Adrist zum Nachtheil der übrigen Gläubiger desselben in widerrechtlicher Weise begünstigt worden sind, indem:

a. von dem auf Fr. 8500 bestimmten Kaufpreis im Context des Kaufvertrags selber der Frau Lisette Karlen geb. Reber in Erlenbach als Zahlung von Wechselschulden, für welche dieselbe kein Vorrecht hatte, ein Betrag von Fr. 7100 zur freien Verfügung abgetreten und dadurch den übrigen, namentlich besser berechtigten Gläubigern entzogen wurde;

b. der Verkäufer David Andrist am 4. September 1872 noch vor der Fertigung die Kaufrestanz von Fr. 1400 den Gebrüdern Jäggi, Notarien in Bern, für eine Wechselschuld abtrat;

c. diese Abtretung an Frau Lisette Karlen dadurch nicht gerechtfertigt wird, daß für die Wechselforderung der Frau Lisette Karlen mehrere Grundstücke des David Andrist gepfändet worden waren, da die Pfändung erst am 28. August 1868 ausgeführt worden ist, der Verkäufer David Andrist aber schon am 14. September 1868 den Geltstag angerufen hat, so daß die Vergantung der gepfändeten Liegenschaften augenscheinlicher Weise vor der Geltstagsanrufung nicht hätte vorgenommen werden können und überdieß die Forderung des Alt-Amtsrichters Rösti in Frutigen von Fr. 1650, für welche die Betreibung bereits bis zur Anordnung der Gantsteigerung der für dieselbe gepfändeten Liegenschaften vorgerückt war, weder in diesem noch in dem am nämlichen Tag zwischen David

Andrist und seiner Mutter, Frau Magdalena Andrist geb. Ueltschi, abgeschlossenen Kaufvertrag überbunden worden ist;

d. der Verkäufer, David Andrist, im Zeitpunkte des Kaufsabschlusses von seiner Zahlungsunfähigkeit Kenntniß haben mußte, was sich namentlich daraus ergibt:

a. daß er am 14. September 1868, also schon vierzehn Tage nach Abschluß des Kaufvertrags, den Geltstag angerufen hat, und es an sich sehr unwahrscheinlich ist, daß er namentlich bei dem sehr bedeutenden Defizit, das sich im Geltstag erzeigt hat, so kurze Zeit vor der Geltstagsanrufung seine Zahlungsunfähigkeit nicht gekannt haben sollte;

b. daß er am nämlichen Tage zwei Liegenschaftsverkäufe abgeschlossen hat, nämlich den mit Michael Andrist und einen andern mit seiner Mutter, Frau Magdalena Andrist geb. Ueltschi, in welchen beiden er in sehr auffallender Weise minder berechtigte Gläubiger durch Ueberbünde resp. Abtretungen vor besser Berechtigten begünstigt hat;

c. daß Johann Andrist, Bruder des David Andrist, für welchen letzterer sehr bedeutende Wechselbürgschaften eingegangen war, im Zeitpunkte des Abschlusses dieser beiden Kaufverträge bereits den Geltstag angerufen hatte, und David Andrist, der in Folge dessen in den Fall kommen mußte, für Wechselschulden seines Bruders belangt zu werden, schon aus diesem Grunde nicht bezweifeln konnte, daß er unfähig sei, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen;

d. daß die Fertigung beider Kaufverträge mit großer Eile betrieben wurde, indem hiezu die Veranstaltung einer Extrasitzung des Gemeinderaths von Oberwyl veranlaßt wurde, was sich nur aus der Befürchtung der Betheiligten erklären läßt, daß ohne diese Eile der Geltstag oder neue Pfändungen vor der Fertigung eintreten könnten;

3) daß der Mitkontrahent des David Andrist, nämlich Michael Andrist, die Unredlichkeit des fraglichen Kaufvertrags sehr wohl einsehen konnte, da ihm, wie aus den Zeugenaussagen hervorgeht, die mißlichen Vermögensverhältnisse des Verkäufers bekannt waren, und die Absicht, die Frau Karlen geb. Reber, respektive den als Bürgen für die Wechselforderungen der letzteren haftenden Schwager des Verkäufers, nämlich Hauptmann

David Matti, vor den übrigen zum Theil besser berechtigten Gläubigern zu begünstigen, sich aus dem Vertrag selber ergab, und überdieß dessen Stipulator, Herr Amtsnotar Aescher, selber den Contrahenten Zweifel darüber geäußert hatte, ob der Vertrag noch rechtsgültig abgeschlossen werden könne, und er auch vom Wirth, Jakob Thönen, mit Rücksicht auf die damaligen Umstände vor dem Ankauf von Liegenschaften von David Andrist gewarnt wurde;

4) daß aus den Umständen hervorgeht, daß auch Hauptmann David Matti, dem als Bürgen der Wechselforderungen der Frau Karlen geb. Reber die Abtretung an letztere hauptsächlich zu Gut kam, die Zahlungsfähigkeit des Verkäufers David Andrist und folgeweise die Redlichkeit des Kaufvertrags zwischen diesem und Michael Andrist mehr oder weniger bezweifelte, indem gerade er es ist, der sich besondere Mühe gab, die sofortige Fertigung des Kaufvertrags zu bewirken, um der Vornahme von Pfändungen oder dem Eintreten des Geltstags zuvorzukommen;

5) daß sich aus diesen Gründen der fragliche Kaufvertrag, abgesehen von der Frage, ob der festgesetzte Kaufpreis zu niedrig sei, als ein unredlicher, zum Zweck der widerrechtlichen Begünstigung einzelner Gläubiger darstellt und daher mit Rücksicht auf das in Motiv 1 Gesagte nichtig zu erklären ist.

12) Besteurung der Braut berechtigt die Wohnsitzgemeinde des Bräutigams zum Einspruch.

(29. Juni 1872.)

Gegen die Vollziehung der Ehe des Isaak Schütz von Sumiswald mit Anna Zaugg von Zäziwyl, beide wohnhaft in Höchstetten, erhob der Gemeinderath von Sumiswald Einsprache, weil:

1. der Bräutigam Isaak Schütz seit seinem siebenzehnten Altersjahr von der Armenbehörde der Gemeinde Sumiswald mit einer Summe von Fr. 139. 16 besteuert worden sei;
2. die Rückzahlung dieser Summe seit Anbringung des Einspruches an der Begründetheit dieses letzteren nichts ändere;
3. die Braut Anna Zaugg drei uneheliche Kinder habe, von denen eines auf dem Notharmenetat stehe, somit von der Notharmenkasse unterstützt werde;

4. endlich haben die Brautleute zum Zwecke ihrer Verehelichung, namentlich zum Zwecke der Rückerstattung der vom Bräutigam bezogenen Armensteuern, verbotene Aussteuer erhalten.

Von Seiten der Brautleute wurde zugegeben, daß ein Kind der Anna Zaugg auf dem Notharmenetat von Zäziwyl stehe, allein bestritten, daß hierin für die Gemeinde Sumiswald ein Einspruchsgrund liegen könne, da sie von ihr nie Steuern empfangen habe.

Das Gericht sprach den Einspruch der Gemeinde Sumiswald zu unter Annahme folgender

Motive:

Daß der Bräutigam Schütz die ihm seiner Zeit von der Gemeinde Sumiswald verabreichte Armenunterstützung seit Anbeginn des Einspruchs zurückbezahlt hat;

daß dadurch dieser Einspruchsgrund weggefallen ist;

daß der Beweis, daß die Brautleute verbotene Aussteuer im Sinne des § 1, Ziffer 4 des Dekrets über Eheeinspruch vom 17. Juli 1858 erhalten haben, nicht als hinlänglich erbracht anzusehen ist;

daß dagegen eines der unehelichen Kinder der Anna Zaugg auf dem Notharmenetat der Gemeinde Zäziwyl steht, und diese Unterstützung nach den Bestimmungen des Armengesetzes vom 1. Juli 1857 auf Rechnung der Mutter geht;

daß dieselbe sich somit im Falle des § 1, Ziffer 1 des Dekrets vom 17. Juli 1858 befindet und der Gemeinderath von Sumiswald zum Einspruch gegenüber derselben legitimirt erscheint, indem:

a. während früher die Befugniß zum Einspruch ausdrücklich auf die Gemeinde, welche die Unterstützung gegeben, beschränkt war (S. 36 C.), jetzt die Armenbehörden gegenüber Personen, die überhaupt Armenunterstützung genießen, einspruchsberechtigt sind (§ 1 des citirten Dekrets);

b. nach der neuern Gesetzgebung einzig der Gemeinderath von Sumiswald ein Interesse haben konnte, Einspruch zu erheben, indem im Falle der Verehelichung die minderjährigen Kinder der Zaugg den Wohnsitz der Schütz annehmen und die Gemeinde Sumiswald unterstützungspflichtig würde (§§ 8, 13, 14 und 16 des Gesetzes vom 17. Mai 1869);

c. wenn somit derselbe, respektive die Wohnsitzgemeinde des Bräutigams, die Befugniß, Einspruch zu erheben, nicht hätte, der Zweck des Gesetzes, den leichtsinnigen Ehen entgegenzuwirken, gar nicht erreicht würde.

Anmerkung. Sollte diese Auslegung wirklich richtig sein? In S. 64 C. werden die Personen und Behörden aufgezählt, denen das Recht zusteht, gegen eine Ehe Einspruch zu erheben; dazu gehört auch die Heimathgemeinde, d. h. die Gemeinde, welcher die betreffende Person angehört. Sie kann Einsprache erheben wegen Armenunterstützung, welche sie derselben hat zu Theil werden lassen, und da die Burgergemeinde allein unterstützungspflichtig war, so war auch sie allein einspruchsberechtigt. Seit Einführung des Armengesetzes ist nicht mehr die Burgergemeinde, sondern die Wohnsitzgemeinde unterstützungspflichtig, und somit mußte ihr auch, nach der Ansicht des Gesetzgebers, das Einspruchsrecht gewährt werden. Dieß geschah durch Dekret vom 17. Juli 1858, wonach ferner Einspruchsrecht haben sollen „die Armenbehörden und unterstützungspflichtigen Verwandten" gegen Personen, „die sich auf dem Etat der Notharmen oder der Dürftigen befinden, oder überhaupt Armenunterstützung genießen." Bei Berathung des Gesetzes aber dachte Niemand an die Möglichkeit, unter „Armenbehörde" etwas Anderes zu verstehen als „die Armenbehörde der Person, gegen welche der Einspruch gerichtet ist." Weil sie die Person unterstützt, ihr Armensteuern zuwendet, so soll sie sich ihrer Ehe widersetzen können, so gut wie früher die Burgergemeinde. Dieß der einfache und klare Sinn des Gesetzes, Im Widerspruch hiemit nimmt nun aber der Appellations- und Cassationshof an, das Gesetz wolle den Armenbehörden als solchen ein allgemeines Einspruchsrecht gestatten, nicht nur gegenüber Personen, denen sie Unterstützungen verabreicht haben, sondern selbst gegenüber solchen, denen sie keine verabreicht haben, und deren Armenbehörden sie überhaupt nicht sind. Demgemäß könnte die Gemeindsbehörde von Sumiswald im ganzen Kanton Einsprüche gegen Personen erheben, die auf einem beliebigen Notharmenetat stehen, ohne sich zu ihrer Legitimation auf etwas Anderes berufen zu müssen, als auf ihre Eigenschaft als Armenbehörde; denn daß im vorliegenden Fall der Bräutigam in Sumiswald Wohnsitzberechtigung hat, ist von untergeordneter Bedeutung, da dieser Umstand nach der Ausführung des Appellations- und Cassationshofes keineswegs dazu dient, ihr Recht, sondern nur ihr Interesse an der Ausübung ihres Rechtes nachzuweisen. Eine solche Auslegung

möchte kaum zu rechtfertigen sein und noch weniger allgemeine Zustimmung erhalten.

Hieran müssen wir noch eine zweite Bemerkung knüpfen. Nach S. 70 C. genügte zu Begründung des Einspruches der Nachweis, daß die betreffende Person wirklich besteuert sei oder daß sie bezogene Steuern noch nicht zurückbezahlt habe. Dieser Nachweis genügt aber nicht mehr, sondern der Einsprecher hat seinen Einspruch noch anderweitig zu begründen, und namentlich nachzuweisen, daß Thatsachen vorhanden seien, welche die Vermuthung rechtfertigen, die Ehe möchte nicht glücklich ausfallen. Der Einspruch muß somit im wohlverstandenen Interesse der Brautleute selbst liegen, und er ist nicht gerechtfertigt, wenn nicht dieses Interesse das leitende Motiv ist, sondern die Befürchtung einer Belastung der Armenkasse.

Bei diesem Anlasse ist es von Interesse, auf das Gesetz des Norddeutschen Bundes über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung vom 4. Mai 1868 hinzuweisen. § 1 desselben lautet:

„Bundesangehörige bedürfen zur Eingehung einer Ehe oder zu der damit verbundenen Gründung eines eigenen Haushaltes weder des Besitzes, noch des Erwerbes einer Gemeindeangehörigkeit oder des Einwohnerrechtes, noch der Genehmigung der Gemeinde oder des Armenverbandes, noch einer obrigkeitlichen Erlaubniß.

„Insbesondere darf die Befugniß zur Verehelichung nicht beschränkt werden wegen Mangels eines bestimmten, die Großjährigkeit übersteigenden Alters, oder des Nachweises einer Wohnung, eines hinreichenden Vermögens oder Erwerbes, wegen erlittener Bestrafung, bösen Rufes, vorhandener oder zu befürchtender Verarmung, bezogener Unterstützung oder aus anderen polizeilichen Gründen. Auch darf von der ortsfremden Braut ein Zuzugsgeld oder eine sonstige Abgabe nicht erhoben werden."

Aus den amtlichen Materialen heben wir ferner die Gründe dieses Gesetzes hervor, wie sie von einem Herausgeber desselben zusammengestellt sind:

„So wie die möglichste Freigebung des Gewerbebetriebes von allen staatspolizeilichen Beschränkungen als nothwendige Ergänzung der Freizügigkeit gefordert und späterhin gegeben war, so mußten auch die gleichen Ehehindernisse beseitigt werden, wenn die Freiheit der Niederlassung für eine sehr zahlreiche Klasse der Bevölkerung einen vollen Werth haben sollte. In diesem

Zusammenhange der polizeilichen Ehehindernisse mit den Bestimmungen über Freizügigkeit, Heimaths- und Niederlassungsverhältnisse ist zugleich die Zuständigkeit der Bundesgesetzgebung 2c. begründet.

„Was nun die zeitherigen Ehebeschränkungen anlangt, so hatte man dieselben dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß es Pflicht der Staatsgewalt sei, zu verhindern, daß die Bevölkerungsziffer über das Maaß der zur Befriedigung der Bedürfnisse vorhandenen Mittel hinaussteige, und daß der Staat, sowie die Lokalbehörde, welchen, vermöge der Verpflichtung zur Armenpflege, die Last der Ernährung der überschüssigen Bevölkerung zu Theil werde, kraft dieser Verpflichtung auch das Recht hätten, einer allzugroßen und allzuschnellen Vermehrung der Bevölkerung durch polizeiliche Beschränkung des Eheschließungsrechtes entgegenzuwirken.

„Die Erfahrungen der Statistik haben aber den Satz widerlegt, daß die Bevölkerung in einem bestimmten Zeitraume und auf einer bestimmten Fläche, wenn nicht durch eine höhere Gewalt eingeschritten werde, stets in geometrischer, der Nahrungszustand dagegen in arithmetischer Progression wachse, und nachgewiesen, daß durch die Einschränkung der Befugnisse zur Eheschließung zwar die Zahl der Ehen, nicht aber auch unbedingt die der Geburten vermindert, jedenfalls der Prozentsatz der unehelichen Geburten im Verhältniß zu der Gesammtziffer bedeutend erhöht werde. Einen unwiderleglichen Beweis hiefür hat die Statistik von Meklenburg, von Würtemberg und von Bayern geliefert, wo, je weiter die Gesetzgebung in polizeilichen Beschränkungen des Rechts der Verehelichungen vorgeschritten ist, und je strenger die Praxis dieser Vorschriften gehandhabt wird, desto mehr die Zahl der unehelichen Geburten gestiegen ist.

Aber auch in ökonomische Beziehung haben sich die polizeilichen Ehebeschränkungen als gemeinschädlich erwiesen. Durch dieselben hat man in einzelnen Territorien, in der Absicht, der Uebervölkerung und dem Proletariat vorzubeugen, Entvölkerung und Mangel an Arbeitskräften herbeigeführt, während es doch mehr der Aufgabe des Staats entspricht, den Wohlstand durch natürliche Mittel, namentlich durch Entfesselung aller wirthschaftlich produktiven Kräfte und durch Beseitigung der Hindernisse, welche deren voller Entwickelung noch im Wege stehen, zu heben, als die Bevölkerung durch künstliche Mittel herabzudrücken.

„Durch jene Beschränkungen wird an die Stelle der Ehe das Concubinat und an die Stelle einer legitimen Nachkommen-

schaft eine illegitime gesetzt. Erwachsene, arbeitskräftige Personen werden dadurch, daß man ihnen die Ehe verbietet, in's Ausland getrieben, und dagegen werden Säuglinge und Unmündige ihres gesetzlichen Vaters und Ernährers beraubt und gerade dadurch der Gemeinde, dem Armenverbande und eventuell dem Staate zur Last gesetzt.

„Auf diesem allgemeinen Gesichtspunkte beruht das vorliegende Gesetz. Es hat deßhalb auch nur die polizeilichen Ehebeschränkungen beseitigen wollen, ohne irgendwie einzugreifen in die Bestimmungen des bürgerlichen Eherechtes. In jener Beziehung hat das Gesetz aber grundsätzlich aufräumen wollen, und, wo neben den in demselben besonders aufgeführten Ehehindernissen der bezeichneten Art noch andere unbekannt gebliebene bestehen, haben die mit getroffen sein sollen."

Wir haben leider noch einen weiten Weg zu machen, bevor wir auf diesem Standpunkte anlangen. K.

Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung des Kantons Solothurn.

1872.

1) Forderungsrecht gegen den Schuldner einer fremden Forderung aus dem Besitz der bezüglichen Quittung?

(Vom 28. Februar.)

Der bloße Besitz einer Quittung für eine fremde Schuld, auf welcher der Besitzer nicht als Zahler genannt ist, gewährt demselben noch nicht ein Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner der betreffenden Forderung; es muß der ergänzende Beweis hinzutreten, daß der Inhaber der Quittung die fragliche Schuld wirklich aus eigenen Mitteln bezahlt habe, um ihn als Gläubiger zu legitimiren.

2) Beitragspflicht der gewesenen Zehntherren an die Kirchenbaukosten der zehntpflichtigen Gemeinden und Loskauf von derselben.

(Vom 29. Februar.)

Die Kirchgemeinde Selzach hat in den Jahren 1867 und 1868 in ihrer Kirche eine Hauptreparatur vornehmen lassen,

deren Kosten sie ohne Anrechnung des von der Gemeinde Selzach gelieferten Holzes auf Fr. 17,762. 73 berechnet, sie fordert nun von der Stadtgemeinde Solothurn für sich und Namens des dortseitigen Burgerspitals als gewesenen Zehntherren der Kirchgemeinde Selzach pro rata des ihr zugefallenen Zehntloskaufskapitals von Fr. 51,832. 87 einen Beitrag von Fr. 4239 an den Drittheil der Baukosten im Gesammtbetrage von Fr. 17,762. 73, welcher Drittheil Fr. 5920. 90 (nach Behauptung der Kirchgemeine) auf dem Gesammtzehntkapital von Fr. 72,384. 81 haftet.

Nach gemeinem Recht sowohl als nach der im Kanton Solothurn bestehenden Uebung haben die Zehntherren im Allgemeinen die Pflicht, an den Bau und Unterhalt der im Zehntbezirke befindlichen Kirchen, soweit es das Bedürfniß erfordert und der Kirchenfond nicht hinreicht, einen Beitrag zu leisten, welcher für den Bau und Unterhalt des Chores mit Einrechnung des Einbaues, namentlich des Choraltares, bestimmt ist. Bei Neubauten ist dieser Beitrag nach der Gerichtspraxis mit Abrechnung der der Kirchgemeinde obliegenden Naturalleistungen, bestehend in der Lieferung des nöthigen Bauholzes und in den Fuhr- und Handfrohnungen, zu einem Drittheil der Gesammtkosten veranschlagt worden. Es kann jedoch dieses Drittheilsystem auf Reparaturen bestehender Kirchen nur insoweit Anwendung finden, als es sich um die auf die Reparatur des des Chores verwendeten Kosten handelt.

Da im vorliegenden Falle die Bedingungen, unter denen der gewesene Zehntherr beitragspflichtig ist, erfüllt sind, indem das Bedürfniß zu Vornahme dieser Bauten durch das Gutachten der Sachverständigen nachgewiesen und der vorhandene Kirchenfond für anderweitige Bedürfnisse in Anspruch genommen ist, mit Berücksichtigung des Werthes des beseitigten Einbaues des Chores und nach Streichung einiger Rechnungssätze betreffend Paramente, die nicht als Zubehör zum Choraltar gelten können, die Kosten der im Chore der Kirche vorgenommenen Bauten auf circa Fr. 5000 veranschlagt werden können, wurde erkannt, es habe die Stadtgemeinde Solothurn für sich und Namens ihres Burgerspitals der Kirchgemeinde Selzach Fr. 3500 nebst Zins seit Mittheilung der Klage, 19. Juli 1869, zu bezahlen.

Indem ferner in zweiter Linie die Stadtgemeinde Solothurn in Form einer Widerklage den Loskauf von der auf ihr und dem Burgerspital als ehemaligem Zehntherren haftenden Last eines Beitrages an die Baukosten der Kirche in Selzach verlangt, wird diesem Begehren mit Hinweis auf § 16 des Zehnt-

loskaufsgesetzes vom 10. März 1807 entsprochen, welches vorschreibt, daß den Zehntherren da, wo auf dem Zehnten eine Unterhaltspflicht betreffend Kirchen u. dgl. haftet, ein auszumittelnder Theil zu Gunsten der so Berechtigten von dem Zehntloskaufskapital abgeschrieben werden solle, dessen Summe je nach dem Zustande der betreffenden Gebäulichkeiten und der in Aussicht stehenden größeren oder kleinern Ausgaben zu bestimmen sei, — und es wird die hierortige Loskaufssumme nach Maßgabe dieser Gesichtspunkte auf Fr. 2500 festgestellt.

3) Ausdehnung der Solidarität.

(Vom 15. März.)

Ein Lehenmann, der mit zwei Anderen gemeinschaftlich den Pachtvertrag abgeschlossen, hatte gegen den Lehenherrn ohne Mitwirkung seiner Vertragsgenossen eine Klage angestellt, dahingehend, es habe der Lehenherr anzuerkennen, daß seine restanzliche Pachtzinsforderung nicht mehr als Fr. 1800 betrage, war aber damit abgewiesen worden unter Kostenauflage im Betrage von Fr. 129. 60. Als nun diese letzteren mit der restanzlichen Hauptforderung von einem der beiden übrigen Pächter eingefordert wurden, wendet dieser ein, jener Prozeß sei ohne seine Mitwirkung, ja sogar ohne sein Mitwissen, angestrengt worden und er könne folglich auch nicht für die daherigen Kosten haftbar gemacht werden. Allein das Gericht erkannte, es habe der beklagte Theil auch für jene früheren Prozeßkosten als solidarischer Verpflichteter gegenüber dem Lehengeber einzustehen, da dieselben mit Bezug auf das Lehenverhältniß entstanden und daher mit dem Hauptbetrage Connex seien.

4) Versäumniß des Rechtsvorbehaltes gegen eine Beweisverfügung des Richters. — Zulässigkeit von Einreden in zweiter Instanz.

(Vom 11. April.)

Eine Partei hatte versäumt, gemäß § 119 der Civilprozeßordnung bei der Erscheinung, in welcher das Beweisdekret des Instruktionsrichters erlassen worden war, gegen eine gewisse Zeugen als zulässig erklärende Verfügung desselben ihre Rechte vorzubehalten, indem sie die Zulässigkeit erst nach erfolgter Abhörung anfocht. Vor Amtsgericht hatte sie das Begehren um Aufhebung der betreffenden Verfügung erfolglos gestellt, obgleich die

Gegenpartei gegen das Eintreten keine Einwendung erhoben hatte. Ihrem in zweiter Instanz gestellten gleichlautenden Begehren setzte die Gegenpartei die Einrede auf Nichteintreten entgegen, weil der Rechtsvorbehalt nicht rechtzeitig zu Protokoll gegeben worden sei. Allein das Obergericht fand, es könne in das Begehren um Abänderung der erstinstanzlichen Verfügung eingetreten werden, da vor Obergericht nach §§ 130 und 141 C. P. O. solche Einreden gestattet seien, die sich auf Verhältnisse gründen, die nach dem erstinstanzlichen Urtheile entstanden seien, und vor Amtsgericht gegen das nämliche Begehren der Schluß auf Nichteintreten nicht gestellt worden sei.

Anmerkung. Wir möchten die Richtigkeit dieses Entscheides in Zweifel ziehen.

Die Vorschriften des Prozeßgesetzes sind keine solchen, worüber die Parteien willkürlich sich vertragen können, und wenn § 119 der Civilprozeßverordnung erklärt, es könne eine Partei gegen die Verfügung des Amtsgerichtspräsidenten in dem sogenannten Beweisdekret, wenn sie sich benachtheiliget glaube, während der gleichen Erscheinung, in welcher die Verfügung getroffen worden, ihre Rechte vorbehalten, so ist es offenbar die Absicht des Gesetzes, zu bestimmen, daß alle diese Einwendungen bei Verlust des Rechts auf einmal und mit einander erhoben werden müssen, damit ein klarer, sicherer und rascher Prozeßgang erzielt werde.

5) Entschädigungsforderung wegen Arrestlegung.

(Vom 11. April.)

Wegen unbegründeter Arrestlegung kann eine Entschädigung im ordentlichen Prozeßwege nur dann verlangt werden, wenn eine Arrestaufhebung im summarischen Prozesse nach §§ 311 und 319 C. P. O. vorausgegangen ist.

Anmerkung. Das Gericht läßt hier die Frage unberührt, ob nicht das Recht einer Entschädigungsforderung im ordentlichen Civilprozeßwege wegen unbegründeter Arrestlegung auch dadurch bedingt sei, daß der Arrestbeklagte im vorgängigen außerordentlichen Prozesse für den Fall der Aufhebung nach § 314 P. O. eine Entschädigung verlangt habe, worüber nach dieser Gesetzesstelle sogleich abgesprochen oder — in verwickelten Fällen — Zurückweisung zur ordentlichen Prozeßeinleitung verfügt werden kann.

Wir glauben, das Recht, eine Entschädigung im ordentlichen Civilprozeßwege zu fordern, sei verwirkt, wenn der Arrestbeklagte die Arrestaufhebung verlangt hat, ohne eine Entschädigungsforderung zu stellen oder wenigstens anzumelden.

6) Genehmigung eines Geldstagsrodels. (Prioritätsverhandlung.)

(Vom 24. April.)

Das erst in zweiter Instanz gestellte Begehren es sei die endliche Genehmigung eines Geldtagsrodels zu verschieben, bis ein zwischen Gläubigern waltender Prozeß über Berechtigung der Forderung des Einen ausgetragen sei, ist sowohl formell, indem vor Obergericht blos über erstinstanzlich gestellte Begehren geurtheilt werden kann, als auch materiell nach den Bestimmungen der §§ 1647 bis 1650 über Genehmigung eines Geldstagsrodels absolut unzulässig.

7) Appellation in Injurienstreitsachen in Betreff des Strafpunktes.

(Vom 24. April.)

Wenn auch die Strafe einen Theil der Genugthuung nach § 1398 C. G. B. bildet, so kann dennoch der Kläger gegen ein erstinstanzliches Urtheil, welches eine Geldstrafe verhängt, die ihm zu niedrig erscheint, die Appellation aus diesem Grunde nicht ergreifen, wenn er in der Klage nicht auf eine bestimmte höhere Summe angetragen hat, weil angenommen werden muß, er habe das Maaß der Strafe dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt.

8) Injurie?

(Vom 24. April.)

Die Kläger behaupten, ihre Ehre sei vom Beklagten, Hrn. Ed. Lüthi, Verwaltungsrath der Stadt Solothurn, dadurch verletzt worden, daß derselbe in seiner Stellung als Polizeikommissär von Solothurn bei den städtischen Milchlieferanten ohne richterliche Mitwirkung eine Milchprobe vornehmen und zu diesem Zwecke von 61 Milchlieferanten, worunter auch die Kläger, bei ihrem Eintritt in die Stadt Milchmuster erheben und durch von ihm bezeichnete Experten untersuchen ließ, und sodann von dem

Ergebniß der Expertise, welche die von den Klägern gelieferte Milch als „abgerahmt“ bezeichnete, ohne eine gerichtliche Anzeige zu machen, auf dem städtischen Polizeibüreau Jedermann Kenntniß nehmen ließ.

Es geht jedoch aus der Klage selbst hervor, daß Hr. Lüthi die fragliche Milchprobe in seiner amtlichen Eigenschaft als städtischer Polizeikommissär angeordnet hat, wozu er nach bestehender Uebung sowohl, als vermöge des allgemein geltenden Aufsichtsrechtes der Ortspolizei über den täglichen Verkehr mit Lebensmitteln berechtigt war, und gar nicht einmal behauptet worden ist, daß gegen die Kläger ein Ausnahmsverfahren stattgefunden habe. Der Beklagte hat sich deßhalb keiner Injurie schuldig gemacht und ist nicht gehalten, den Klägern Genugthuung zu ertheilen.

9) Außergerichtlicher Verzicht auf die Paternitätsklage. Appellation gegen ein Kontumazurtheil im Strafuntersuchungsverfahren.

(Vom 26. April.)

Eine außergerichtliche Verzichtleistung auf eine Vaterschaftsklage erscheint als zulässig und rechtsverbindlich, indem letztere (nach solothurnischen Recht) einen rein zivilrechtlichen Charakter trägt.

Gegen ein in gehöriger Form erlassenes Kontumazurtheil im Strafuntersuchungsverfahren kann das Rechtsmittel der Appellation nicht ergriffen werden.

Anmerkung. Zur Orientirung ist zu bemerken, daß das Klagerecht wegen außerehelicher Schwängerung im Kanton Solothurn ausschließlich der Mutter nach den Bestimmungen des Civilrechts zusteht, dagegen die Prozeßform für die Untersuchung der Anzeige, die Beurtheilung und die Rechtsmittel nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Polizeisachen sich richtet. Ob aber die Vaterschaftsklage im Kanton Solothurn nach der Ausdrucksweise des Gerichts einen rein civilrechtlichen Charakter trage, darf im Hinblick auf § 312 C. G. B., welcher von den Strafen spricht, in die der außereheliche Schwängerer, sowie die Weibsperson, welche mehr als einmal außerehelich gebiert, verfallen, füglich bezweifelt werden. Es ist wohl richtiger zu sagen, die Paternitätsklagen haben wie die Injurienklagen nach solothurnischem Recht einen aus civil- und strafrechtlichen Elementen gemischten Charakter, wobei jedoch das civilrechtliche Element als das wesentliche und bestimmende erscheint.

10) Recht der Appellation in Bevogtungsprozeduren, insbesondere gegen Urtheile über Aufhebung einer Bevogtung.

(Vom 8. Mai.)

Johann Eichholzer von Luterbach wurde unterm 20. März 1867 wegen Vermögensverschwendung bevogtet und diese Bevogtung auf sein Ansuchen und im Einverständniß mit der Waisenbehörde von Luterbach vom Amtsgericht Bucheggberg-Kriegstetten durch Urtheil vom 17. April 1872 wieder aufgehoben, wogegen der Oberamtmann von Bucheggberg-Kriegstetten als Obervormundschaftsbehörde und Hr. Ammann Eichholzer von Luterbach als Seitenverwandter des Vögtlings die Appellation ergriffen.

Der appellatische Vögtling bestritt durch seinen Anwalt sowohl dem Oberamt als dem Seitenverwandten Eichholzer das Recht der Appellation, weil nach § 390 C. G. B. die Aufhebung einer Bevogtung nur von der Einwilligung der Waisenbehörde abhängig gemacht sei und jedenfalls nur solche Verwandte gegen die Entvogtung Einsprache erheben können, welche gegenüber dem Vögtling ein Alimentationsrecht anzusprechen haben, was bei Herrn Ammann Eichholzer nicht der Fall war.

Es muß jedoch, gleich wie nach § 375 C. G. B. neben der Waisenbehörde auch dem Oberamtmann der Heimat des zu Bevogtenden und dessen Verwandten ohne irgend welche Beschränkung das Recht zusteht, eine Bevogtung zu verlangen und zu diesem Zwecke die nöthigen Rechtsmittel zu ergreifen, ebenso die gleiche Berechtigung auch hinsichtlich der Entvogtung angenommen werden, welche keineswegs von der Einwilligung der Waisenbehörde, sondern einzig davon abhängt, ob die Gründe, welche die Bevogtung veranlaßten, aufgehört haben oder nicht.

11) Entschädigungsforderung wegen unbegründetem Rücktritt von einem Eheverlöbnisse.

(Vom 22. Mai.)

Eine Schadensersatzklage von Seiten eines Verlobten wegen grundlosen Rücktrittes des anderen Theiles setzt nothwendig ein in der civilrechtlichen Form abgeschlossenes Eheverlöbniß voraus, das heißt dasselbe muß in Gegenwart von zwei Zeugen des einen oder anderen Geschlechts vor dem Pfarrer eines der Verlobten oder vor einem Notar abgeschlossen, in Schrift verfaßt und von den Parteien, den Zeugen und dem Pfarrer oder Notar

unterschrieben sein. Ein, wie dieß nach allgemeiner Sitte in der Regel geschieht, vor dem Pfarrer allein eingegangenes Verlöbniß ohne schriftliche Abfassung ist bloß behufs Eingehung der Ehe gültig und genügend. (§§ 81 und 82 C. G. B.)

12) Rechtsgültige Urtheilsanzeige.

(Vom 13. Juni.)

Die Anzeige des erstinstanzlichen Urtheils in einer Streitsache, in welcher den HH. B. Hammer & Comp. in Solothurn als dritter Partei der Streit verkündet worden war, erfolgte an diese Partei durch den Amtsweibel in ihrem Geschäftsbüreau (Kassalokal), allein es fehlt in der daherigen Verrichtungsbescheinigung die Benennung der Person, welcher die Anzeige gemacht wurde. Die dritte Partei versäumte die Appellationsfrist und bestritt nun die Rechtsgültigkeit der Urtheils-Anzeige. Das Gericht fand jedoch, es sei die daherige Anzeige als eine rechtsgültige zu betrachten, da die Prozeßordnung über die Form der Urtheilsanzeigen nichts vorschreibe, und wenn man auch die Analogie der Mittheilungen von Vorladungen darauf anwenden wolle, immerhin angenommen werden müsse, daß die Anzeige, wenn nicht unmittelbar an einen Gesellschafter von B. Hammer & Comp., doch jedenfalls an einen Büreauangestellten derselben gemacht worden sei, was als genügend erscheine. L. W.

Bundesräthlicher Entscheid betreffend Gerichtsstand.

(6. November 1872.)

Im Sommer 1866 wurde über die Firma „Gebrüder Ackermann" in Frick, Kantons Aargau, der Konkurs eröffnet. Die Liquidation nahm lange Zeit in Anspruch, und während der Dauer derselben wurden einzelnen Gläubigern Abschlagszahlungen von 50 % ihrer Forderungen gemacht. Anfangs Mai 1872 wurde denselben nun vom Bezirksgerichte Laufenburg (Aargau) die Mittheilung gemacht, daß diese Abschlagszahlungen von dem Geltstagsabgeordneten als regelwidrige Vorschüsse zu Handen der Masse zurückgefordert werden; zugleich erfolgte eine Vorladung vor dieses Bezirksgericht zu Beurtheilung dieses Rückforderungsbegehrens. Bei der daherigen Erscheinung erklärten zwei in Basel wohnende Gläubiger, sie können die Kompetenz des aargauischen Gerichtes nicht anerkennen und werden sich daher vor demselben nicht einlassen, vielmehr mit einer Beschwerde an den Bundesrath wenden.

Sie gaben auch ihrer Erklärung Folge und der Bundesrath anerkannte unterm 6. November 1872 den Rekurs als begründet und wies die Kläger an, die Rekurrenten vor dem Richter ihres Wohnortes zu suchen, unter Annahme folgender Erwägungsgründe:

1) Die Ansicht, es sei die Beschwerde der Rekurrenten bei dem Bundesrathe verfrüht, weil das aargauische Gericht die anhängig gemachte Kompetenzfrage noch nicht entschieden habe, ist unrichtig. Der Art. 50 der Bundesverfassung würde größtentheils seine Bedeutung verlieren, wenn der Beklagte gezwungen würde, zuerst in einem andern Kantone, als in dem seines Domizils, einen Prozeß über die Kompetenz durchzuführen, ehe er die Hülfe der Bundesbehörden in Anspruch nehmen dürfte. Daher ist der Bundesrath stets in konstanter Praxis auf Beschwerden, betreffend den Gerichtsstand, eingetreten, sobald solche an ihn gerichtet wurden, ohne Rücksicht darauf, in welchem Stadium sich der Prozeß befinde.

2) Was die Hauptfrage anbetrifft, so besteht sie darin, ob die Rekurrenten pflichtig seien, die ihnen aus der Konkursmasse der Firma „Gebrüder Ackermann" durch den zuständigen Geltstagsabgeordneten als Abschlagszahlungen zugetheilten Summen, die sie bona fide empfangen, und die bereits in ihr Eigenthum übergegangen, wieder an die Konkursmasse aushinzugeben haben; es liegt also eine condictio indebiti vor, eine rein persönliche Ansprache der Masse an die Rekurrenten, welche nach allgemeinen Rechtsregeln und nach bestehenden Bundesvorschriften der Richter des Wohnortes der Beklagten zu entscheiden hat (vide den durch die Bundesversammlung bestätigten Entscheid des Bundesrathes vom 29. Dezember 1665 in Konkurssachen des J. M. Schindler in Glarus).

3) Wenn der Regierungsrath des Kantons Aargau glaubt, das Schwergewicht darin zu finden, daß das Gericht zu untersuchen habe, ob sein Geltstagsabgeordneter gefehlt habe und welche Maßnahmen zum Schuz der übrigen Gläubiger zu treffen seien, so kann nicht bestritten werden, daß die Prüfung der Entscheidung dieser Fragen für das Gericht Laufenburg die Hauptsache bilden wird. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß wenn das Gericht in Laufenburg finden würde, es sei in einem andern Kanton liegendes Vermögen wieder in die Konkursmasse zurückzuverlangen, es auch gleichzeitig kompetent wäre, über die bestrittene persönliche Forderung zu urtheilen, vielmehr muß die klagende Konkursmasse ihre Ansprüche, wie jeder andere Gläubiger, der an die in Basel wohnenden Rekurrenten eine Forderung machen wollte, vor dem natürlichen Richter der Beklagten geltend machen.

Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.

৭

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. **Nr. 9.**

März 1873.

Bemerkungen über das Urtheil Böttger gegen Baudirektion.*)

Eine weitläufige Abhandlung würde kaum hinreichen, alle Fragen zu erörtern, zu welchen dieser Fall Anregung gibt, und wir müssen uns daher mit Rücksicht auf die mehr praktischen Zwecke dieser Zeitschrift auf einige Andeutungen beschränken.

Die ältere publicistische Theorie schrieb dem Staate ein sog. dominium eminens am ganzen Staatsgebiete zu, kraft dessen ihm nach den Einen ein ausschließliches Occupationsrecht an allen herrenlosen Sachen, nach Anderen ein sofortiges Eigenthumsrecht denen zukommen sollte. Die letztere Anschauung findet sich auch in unserem Gesetzbuche S. 334 C., sowie in denjenigen der Kantone Waadt, Freiburg und Luzern, ebenso im pr. Landrecht, dem Code civil und dem östr. bürgerl. Gesetzbuch. Demgemäß sind die Vögel in der Luft, die Fische im Wasser und die vorüberfließende Wasser-

*) Siehe S. 262 ff.

welle, Eigenthum des Staates, obschon ein Besitz an ihnen, eine thatsächliche Herrschaft über sie, nicht möglich ist. Die neueren Gesetzbücher haben diese unnatürliche Fiktion wieder verlassen und nennen die freistehenden Sachen mit ihren wahren Namen, herrenlose Sachen, res nullius.

Entwurf Art. 384, Zürcher Ges. § 487, Bündten § 189, Schaffhausen § 429.

Neben diesen freistehenden oder herrenlosen Sachen nennt das Gesetz S. 335 C. öffentliche Sachen diejenigen, welche zwar dem Staate gehören, deren Gebrauch aber Jedermann erlaubt ist. Es sind somit diejenigen Sachen darunter verstanden, die bleibend zum allgemeinen öffentlichen Gebrauche bestimmt sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde sind; dahin gehören öffentliche Wege, Plätze, Straßen, Brücken, aber auch Flüsse und Seen, soferne sie sich nicht im Privateigenthume befinden. Allein zwischen Straßen u. s. w. einerseits und Flüssen und Seen andererseits muß ein sehr wesentlicher Unterschied gemacht werden. An Seeen und am fließenden Wasser ist keine Besitzergreifung und kein Eigenthum möglich, und alle Rechte welche der Staat an denselben ausübt, fließen daher nicht aus seinem Eigenthumsrechte, sondern aus seinem territorialen Herrschaftsrecht und bilden einen Bestandtheil seines Oberaufsichtsrechtes.

Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen p. 78 ff.

Von diesem Gesichtspunkt aus muß auch die Frage beurtheilt werden, wem das verlassene Flußbett, oder durch Zurückweichen des Wassers entstandener trockener Grund gehöre. Ist der Fluß ein Privateigenthum des Staates, so gehört ihm auch das Flußbett und die insula nata; sind dagegen seine Rechte nicht privatrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur, so hat er darauf keinen Anspruch. Wie das Gesetz die Frage entscheide ist zweifelhaft. Nach § 2 des Gesetzes vom 3. April 1857 werden die Rechtsverhältnisse der Ufergrundstücke, namentlich in Bezug auf Zuwachs

durch Anschwemmung oder Zurücktreten des Gewässers und der Inseln, die sich bilden, durch die Civilgesetze bestimmt; wo? und durch welche? sagt dasselbe nicht, und in dem Civilgesetzbuch findet sich keine Bestimmung über alveus derelictus oder insula nata. Dagegen gestatten einzelne Bestimmungen des angeführten Gesetzes vom 3. April 1857 einen ziemlich sicheren Schluß auf die Absicht des Gesetzgebers; hieher gehören namentlich folgende:

Wenn verlassene Theile von Flußbetten zu Anlage oder zum Unterhalt von Versicherungsbauten in Anspruch genommen werden, so hat der Ufereigenthümer ein Recht auf Entschädigung, wenn er das gewonnene Land bereits in Cultur gesetzt, oder in regelmäßige Benutzung gezogen hat.

Ländereien, welche einem Flußbette abgenommen worden, können durch Beschluß des Regierungsrathes zum Flußunterhalte bestimmt werden, gegen Entschädigung bestehender Privatrechte.

Es ist somit der Ufereigenthümer gesetzlich befugt, den alveus derelictus für sich zu cultiviren, zu benutzen, und zu seinem Eigenthum zu schlagen, und der Staat kann ihm das so Gewonnene nur gegen Entschädigung wieder abnehmen. Diese Bestimmung ist mit dem Eigenthumsrechte des Staates nicht vereinbar, spricht aber für das Occupationsrecht des Ufereigenthümers. Damit steht auch in Uebereinstimmung die fernere Bestimmung, daß aus den öffentlichen Gewässern nur dann keine Materialen abgeführt werden dürfen, wenn die Staatsbehörden es untersagt haben. In der Regel steht die Abfuhr Jedermann frei und nur ausnahmsweise, wenn die Staatsbehörden es aus polizeilichen Gründen untersagt haben, ist es verboten. Augenscheinlich betrachtet sich daher der Staat selbst nicht als Eigenthümer dieser im Flußbett befindliche Materialien.

Diese Bestimmungen, verbunden mit der Natur der Sache rechtfertigen die Ansicht, daß auch nach b. Recht dem Staate nur ein Hoheitsrecht über öffentliche Flüsse zusteht; nicht aber ein privatrechtliches Eigenthumsrecht, und

was von den Flüssen gilt, muß auch Anwendung finden auf Seeen.

Wenn daher der Staat seiner Zeit dem Herrn Müller die Bewilligung ertheilte Seegrund aufzufüllen, so that er dieß nicht als Eigenthümer des Seegrundes, sondern kraft seines Hoheitsrechtes. Er trat ihm daher auch kein Land ab, sondern bewilligte ihm nur die Erweiterung des seinigen durch Hinausdrängen des Sees. Es konnte somit auch nicht von einer Landabtretung unter einer Resolutivbedingung die Rede sein. Die Bewilligung wurde unter einer Bedingung gegeben, nicht aber das Eigenthumsrecht an dem durch Auffüllung gewonnenen Lande unter Resolutivbedingung erworben. Von einer solchen hätte überhaupt nur dann die Rede sein können, wenn entweder eine Sache wäre übertragen worden, oder beim Eintritt derselben die Konzession hätte dahinfallen sollen. Weder das eine noch das andere war der Fall. Es sollte durch Eintritt der Bedingung kein bestehendes Recht aufhören, sondern für den Staat ein neues entstehen; nämlich nicht das Recht, übertragenes Land wieder an sich zu ziehen, sondern von dem neu Gewonnenen so weit nöthig die unentgeltliche Abtretung zu verlangen. Eine Abtretung aber ist eine Leistung und setzt nicht eine dingliche, sondern eine persönliche Verpflichtung voraus, und da dieselbe von einem ungewissen zukünftigen Ereigniß abhängig gemacht wurde, so war Herr Müller nicht unter einer Resolutivbedingung berechtigt, sondern unter einer Suspensivbedingung verpflichtet; der Staat aber hatte ein persönliches Recht gegen Herrn Müller, aber kein dingliches auf die Sache desselben erworben. Wollte er sich damit nicht begnügen, sondern sich ein dingliches Recht auf die erst noch zu gewinnende Sache selbst verschaffen, so konnte dieß nicht durch einseitigen Vorbehalt, sondern nur durch Vertrag und Zufertigung geschehen. Allein weder wurde ein Vertrag abgeschlossen, noch auch sicherte sich der Staat sein Recht als dingliches durch Zufertigung und Eintragung

in die Grundbücher, sondern er begnügte sich mit seinem persönlichen Recht, und die Nachfolger des Herrn Müller konnten sich daher das Grundstück mit Inbegriff der Auffüllung als freies Eigenthum zufertigen lassen, ohne daß der Staat zu einer Beschwerde berechtigt gewesen wäre. Nicht ganz verständlich ist daher das Motiv 4b, daß durch die Zufertigung eines Grundstückes die Mängel des Geschäftes, in Folge welches sie stattgefunden habe, nicht gehoben werde (S. 440 C.). Der Erwerb war ein originärer und kein derivativer; es hatte daher kein Eigenthumsübergang stattgefunden und war auch kein sachbezügliches Geschäft abgeschlossen worden, mithin konnte auch nicht von Mängeln eines solchen die Rede sein. Da ferner von Seiten des Staates keine Eigenthumsübertragung an Herrn Müller stattgefunden hatte, so bedurfte es auch keiner Zufertigung, da diese die traditio vertritt, wogegen die Ehefrau ihr Eigenthum von ihrem Ehemanne ableitete, sich mithin auf derivativen Erwerb berief und deßhalb auf Zufertigung antragen mußte.

Nach dem Gesagten ist es einleuchtend, daß auch nicht von einer Verjährung (usucapio) die Rede sein konnte; von einer solchen kann überhaupt nur bei dem derivativen Erwerbe gesprochen werden, nicht aber beim originären, ferner nur bei dinglichen Rechten und nicht bei persönlichen. Müller hatte volles Eigenthum an seinem aufgefüllten Seegrund erworben und bedurfte zu Ergänzung desselben keiner Usucapion. Dagegen konnte der Staat sein persönliches Recht verlieren durch Nichtausübung, wenn die Straße wirklich gebaut wurde, und durch Nichteingabe in ein amtliches Güterverzeichniß, und dieses letztere ist eingetreten. Da er nun ein dingliches Recht nie erworben, sein persönliches aber nicht gewahrt hatte, so hätte die Freiheit Böttger'schen Eigenthums auch anerkannt werden sollen.

18. Merz 1873. Prof. K. G. König.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Juni, Juli und August 1872.

1) Berechtigung unter Resolutiv- oder Verpflichtung unter Suspensiv-Bedingung? Dingliches oder persönliches Recht?

J. G. A. Böttger gegen Baudirektion.

(21. Juni 1872.)

In seiner Klage vom 25. Jenner 1870 stellte Herr Böttger das Rechtsbegehren: Es sei gerichtlich zu erkennen, es stehe dem Staate Bern auf das von Herrn Böttger durch Kaufvertrag vom 20. April 1865 erworbene Eichbühlgut bei Hilterfingen das dingliche Recht nicht zu, von Herrn Böttger, als gegenwärtigem Besitzer, im Falle einer Straßenanlage längs dem See die unentgeltliche Abtretung des im Jahr 1849 durch Auffüllung des Seegrundes gewonnenen Terrains ganz oder theilweise zu verlangen.

Zu Begründung desselben wurde von dem Kläger angebracht:

Karl Johann Gottfried Müller, von Thun, gewesener Fürsprecher und Gerichtspräsident, sei Eigenthümer eines Wohngebäudes nebst Bescheurung, Garten und Mattland im Eichbühl, Gemeinde Hilterfingen, gewesen. Unterm 25. Jenner 1849 habe ihm nun der Regierungsrath auf sein Gesuch vom 3. November 1848 die Bewilligung ertheilt, den vor seinem Eichbühlgute gelegenen Seegrund auszufüllen und das auf diese Weise gewonnene Terrain zu seinem Eigenthume zu schlagen. Demgemäß habe er durch Ausfüllung eines Stückes Seegrund den Grund und Boden des Eichbühlgutes wirklich erweitert. Nach seinem unterm 24. Mai 1851 erfolgten Tode habe sich die Wittwe die Eichbühlbesitzung durch den Gemeinderath von Hilterfingen unterm 5. Jenner 1852 zufertigen lassen, und nach ihrem im Jahre 1855 erfolgten Tode sei sie unterm 4. August 1856 ihren vier minderjährigen Kindern zugefertigt worden. Unterm 31. Merz 1865 habe der Vogt der Kinder Müller die Eichbühlbesitzung an eine öffentliche Steigerung gebracht, infolge welcher dieselbe dem Kläger Gottlieb August Böttger für das höchste Angebot von Fr. 18,250

zugeschlagen worden sei, worauf am 20. April 1865 die amtsnotarialische Verschreibung und Beglobung stattgefunden habe. Mit Bezug auf die Erwerbung enthalte der Kaufvertrag folgenden Nachweis: „Die verkäuferischen Kinder Müller erwarben „diese Liegenschaft infolge Zufertigungsbegehren vom 30. Ja„nuar 1856, gefertigt zu Hilterfingen den 4. August 1856, „Hilterfingen Grundbuch Nr. 19, Fol. 162. Pfandrechte sind „keine mehr vorhanden. Außer dem Angezeigten, der allfällig „noch unbezahlten Getreidezehntloskaufssumme und den sonstigen „gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sei der Steigerungsgegen„stand im Sinne des Gesetzes frei.“ Ebenso sei von dem damaligen Amtschreibereiverweser, Notar Tschanz in Thun, vorerst unterm 1. Mai 1865 das folgende Nachschlagungszeugniß ausgestellt worden: „Die Nachschlagung der Grundbücher der Kirch„gemeinde Hilterfingen und der Pfändungskontrolle habe ergeben, „daß auf dem Verkauften keine fernern Pfand- und Drittmanns„rechte haften, als die angezeigten und eine Bodenzinsloskauf„summe.“ Später habe jedoch derselbe ein vom gleichen Tage datirtes nachträgliches Zeugniß folgenden Inhaltes beigefügt: „Es wird nachträglich bemerkt, daß dem frühern Besitzer des „Verkauften, Herrn Gottfried Müller, bei der Ertheilung der „Bewilligung, in den See auszufüllen, unter Anderm folgender „Vorbehalt gemacht wurde: „„daß im Falle einer Straßenanlage, „„zu welcher die Gesammtheit oder ein Theil des abgetretenen „„Seegrundes erforderlich werden würde, solcher unentgeltlich „„an den Staat abgetreten werde.““ Ohne Rüksicht auf dieses Zeugniß habe jedoch der Gemeinderath von Hilterfingen dem Kaufvertrage unterm 9. Juni 1865 die Fertigung mit folgenden Worten ertheilt:

„Der Einwohnergemeinderath der Gemeinde Hilterfingen „hat nach Einsicht des Inhaltes vorstehender Urkunde die in „derselben beschriebene Liegenschaft dem Herrn Johann Gottlieb „August Böttger aus Frankfurt am Main förmlich zugefertigt. „Die Grundsteuerschatzung ist richtig angegeben.“

Unterm 26. Juni 1865 sei endlich die genannte Steigerungskaufbeile in den Grundbüchern von Hilterfingen eingeschrieben worden.

Der Kläger verneinte nun, daß dem Staate ein aus seinem Vorbehalte resultirendes Recht je zugefertigt oder in die Grundbücher eingetragen worden sei. Er würde somit für denselben lediglich einen persönlichen Anspruch haben begründen können; nach dem Tode des Herrn Gottfried Müller sei jedoch über seine Verlassenschaft ein amtliches Güterverzeichniß aufgenommen

worden, ohne daß sich der Staat zu einer Eingabe oder Verwahrung veranlaßt gesehen habe. Außer in dem nachträglichen Zeugnisse der Amtschreiberei Thun vom 1. Mai 1865 sei des fraglichen Vorbehalts in keinem andern die Eichbühlbesitzung betreffenden Akte, weder in den verschiedenen Zufertigungsbegehren, noch in den Nachschlagungszeugnissen, noch in der Steigerungskaufbeile, durch welche Herr Böttger das Eichbühlgut erworben habe, Erwähnung gethan worden; und der damalige Amtschreibereiverweser Notar Tschanz habe denselben auch keineswegs den Grundbüchern, sondern lediglich dem auf dem Regierungsstatthalteramte Thun liegenden Schreiben des Regierungsrathes vom 25. Jenner 1849, wovon er zufällig Kenntniß gehabt habe, entnommen. Es werde aber bestritten, daß das fragliche Zeugniß, welches ohne Mitwirkung der vertragschließenden Theile und selbst des Staates dem Kaufvertrage beigefügt worden sei, für Herrn Böttger verbindlich und geeignet sei, dem Staate ein dingliches Recht auf die von ihm erworbene Besitzung zu gewähren.

Infolge eines mit den Kindern Müller als Gläubigern der Kaufrestanz abgeschlossenen Vergleiches, nach welchem sich Herr Böttger verpflichtet habe, gegenüber dem Staate die erforderlichen Vorkehren zu treffen, um auf gütlichem oder rechtlichem Wege die Unverbindlichkeit des in dem nachträglichen Zeugnisse vom 1. Mai 1865 erwähnten Vorbehaltes aussprechen zu lassen, habe Herr Böttger unterm 30. Juni 1868 an den Regierungsrath eine Kundmachung erlassen, in welcher er die Unverbindlichkeit des fraglichen Vorbehaltes begründet und der er das Gesuch beigefügt habe: „Der hohe Regierungsrath möge erklären, daß er von dieser angeblichen Verbindlichkeit gegenüber „dem Petenten J. A. G. Böttger keinen Gebrauch machen werde, „sondern diese Last als für diesen unverbindlich betrachte." Durch Gegenkundmachung habe jedoch die Direktion der öffentlichen Bauten des Kantons Bern dem Herrn Böttger notifizirt, daß der Regierungsrath unterm 31. Dezember 1868 beschlossen habe, in dessen Kundmachungsgesuch vom 30. Juni gleichen Jahres nicht einzutreten, weil er dafür halte, daß ihm allerdings das Recht zustehe, erforderlichen Falls von dem Notifikaten unentgeltliche Abtretung des durch Auffüllung des Seegrundes gewonnenen Terrains zu verlangen. Bei dem zum Aussöhnungsversuch bestimmten Termine sei von Seiten des Staates Niemand erschienen und infolge dessen der Aussöhnungsversuch als fruchtlos erklärt worden.

In ihrer Hauptvertheidigung beantragte die Direktion der öffentlichen Bauten, Namens des Staates, Abweisung des gegnerischen Rechtsbegehrens und stellte eventuell widerklagsweise das Rechtsbegehren: Es sei gerichtlich zu erkennen, Herr Böttger sei schuldig anzuerkennen, daß er als Inhaber des fraglichen Seegrundes verpflichtet sei, dem Staate denselben abzutreten oder zu überlassen, falls solcher in seiner Gesammtheit oder zu einem Theile zu einer Straßenanlage erforderlich werden sollte.

Zu Begründung dieser Begehren ließ er anbringen: Herr Müller habe dem Regierungsrathe des Kantons Bern eine vom 3. November 1848 datirte Vorstellung eingereicht, mit der Bitte: „Den vor seiner Besitzung gelegenen Seegrund, soweit es der „beiliegende Plan und die ausgesteckten Profile ausweisen, auf„füllen und unentgeltlich zu seinem Eigenthum schlagen zu dürfen."

Diesem Gesuche habe der Regierungsrath durch Beschluß und Schreiben vom 25. Jenner 1849 an das Regierungsstatthalteramt Thun entsprochen, jedoch unter folgenden Bedingungen und Vorbehälten:

1) Daß allfällige Drittmannsrechte vorbehalten bleiben, und

2) daß im Falle einer Straßenanlage, zu welcher die Gesammtheit oder ein Theil des hiermit abgetretenen Seegrundes erforderlich werden würde, solcher unentgeltlich wieder an den Staat abgetreten werde.

Der Thunersee sei nun vor diesem Beschlusse zur Schifffahrt und Flößerei benutzt worden und sei nach Satz. 335 C. und § 1 des Gesetzes vom 21. Merz 1834 eine öffentliche Sache, welche Eigenschaft er immer behalten habe. Zwischen dem Staate und Herrn Müller oder dessen Rechtsnachfolgern sei bezüglich der Abtretung oder Ueberlassung des fraglichen Seegrundes oder der Befugniß, denselben ausfüllen zu dürfen, nie ein Vertrag abgeschlossen, somit auch keiner gefertigt und in das Grundbuch eingetragen worden und auch Herr Müller habe sich den Seegrund niemals als sein Eigenthum zufertigen lassen. Ferner werde darauf aufmerksam gemacht, daß im Zufertigungsgesuch der Frau Karoline Müller geb. Berger vom 13. Weinmonat 1851 das Schreiben des Regierungsrathes vom 25. Jenner 1849 erwähnt sei. Ebenso sei auch den Kindern des Herrn Müller die Eichbühlbesitzung nur unter Hinweisung auf die regierungsräthliche Ausfüllungsbewilligung zugefertigt worden. Die beiden Nachschlagungszeugnisse des Amtschreibereiverwesers Tschanz, Notar in Thun, seien beide vom 1. Mai 1865 datirt und das

letztere ein Nachtrag zum erstern, respektive eine Ergänzung oder Berichtigung desselben. Der Gemeinderath von Hilterfingen habe denn auch dem Herrn Böttger die Eichbühlbesitzung am 9. Juni 1865 mit der im Nachschlagungszeugniß der Amtsschreiberei Thun vom 1. Mai 1865 enthaltenen, im Kaufvertrage eingetragenen amtlichen Anzeige zugefertigt, daß dem frühern Besitzer des Verkauften, Gottfried Müller, die Ausfüllung des Seegrundes mit Schreiben des Regierungsrathes vom 25. Jenner 1849 nur unter dem Vorbehalte bewilligt worden sei, „daß im Fall „einer Straßenanlage, zu welcher die Gesammtheit oder ein Theil „des abgetretenen Seegrundes erforderlich werden würde, solcher „unentgeltlich an den Staat abgetreten würde." Der gedachte Kaufvertrag zwischen den Geschwistern Müller und Herrn Böttger sei dem Grundbuche von Hilterfingen mit dieser amtlichen Anzeige einverleibt worden.

In seiner **Replik** verneinte der Kläger, daß die Zufertigung der Eichbühlbesitzung an die Kinder Müller vom 4. August 1856 unter Hinweisung auf die Ausfüllungsbewilligung des Regierungsrathes stattgefunden habe. Das fragliche Fertigungszeugniß laute folgendermaßen:

„Der Einwohnergemeinderath der Gemeinde Hilterfingen, „nach Einsicht des Inhaltes obiger Urkunde, hat die hievor unter „B, 2 beschriebene, im hiesigen Gemeindsbezirk sich befindliche „Liegenschaft den vermeldten Geschwistern und Kindern des „Herrn Fürsprechers Müller sel. förmlich zugefertigt."

Erstinstanzlich wurde dem Kläger sein Rechtsbegehren zugesprochen, die Baudirektion dagegen mit ihrer Widerklage abgewiesen; oberinstanzlich dagegen wurde das klägerische Rechtsbegehren abgewiesen, unter Annahme folgender

Motive:

1) Daß Fürsprecher Müller das Eigenthumsrecht an dem fraglichen Terrain infolge eines **Vertrages** mit dem Staate erworben hat, indem Letzterer dem Gesuche des Erstern, „den vor seiner Besitzung gelegenen Seegrund..... auffüllen und unentgeltlich zu seinem Eigenthum schlagen zu dürfen". unter dem in den Akten erwähnten Vorbehalte entsprach und Fürsprecher Müller, „**gestützt auf diese Zustimmung**", die Auffüllung des Seegrundes (Verbindung) vorgenommen hat;

2) daß durch den erwähnten Vorbehalt eine **Bedingung** (Resolutivbedingung) festgesetzt wurde, mit deren Eintritt das

Terrain soweit erforderlich „unentgeltlich wieder an den Staat abgetreten werden soll";

3) daß diese Bedingung, wenn auch zwischen Müller und dem Staate keine Urkunde errichtet, gefertigt und in die Grundbücher eingetragen wurde, nichts destoweniger für den Kläger verbindlich ist;

3) daß nämlich Fürsprecher Müller sich den fraglichen Seegrund auch nicht als sein Eigenthum zufertigen ließ und durch die Zufertigungen an Frau Müller geb. Berger Anno 1852, an die Kinder Müller Anno 1856 und an den Kläger Anno 1865 die Rechte des Staates nicht aufgehoben worden sind, weil:

a. durch diese Zufertigungen dem Kläger und seinen Rechtsvorgängern etwas als freies Eigenthum zugefertigt wurde, was es ursprünglich nicht war;

b. durch die Zufertigung eines Grundstücks die Mängel des Geschäfts, infolge welcher sie stattgefunden, nicht gehoben werden (Satz. 440 C.);

c. der Staat bei diesen Zufertigungen nicht persönlich mitwirkte;

d. wenn er auch unterließ, gegen diese Fertigungen Beschwerde zu führen, derselbe immerhin berechtigt erscheint, sich im vorliegenden Prozesse auf die Unverbindlichkeit dieser Akte zu berufen;

e. die zwanzigjährige Verjährungsfrist (Satz. 1035 C.) von der ersten dieser Zufertigungen hinweg bis zum friedensrichterlichen Aussöhnungsversuche nicht abgelaufen ist.

2) Waaren, die auf dem Transporte durch Zufall oder höhere Gewalt zu Grunde gehen, gehen dem Absender zu Grunde, wenn das Eigenthum nicht vorher an den Empfänger übergegangen ist oder derselbe die Transportart ausdrücklich vorgeschrieben oder genehmigt hat.

Von Rath und Bredt gegen Kindler und Comp.

(19. Juli 1872.)

Dem Urtheile des Appellations- und Cassationshofes vom 19. Juli 1872, wodurch die Kläger mit ihrem Rechtsbegehren abgewiesen worden sind, entnehmen wir folgende Motive, welche zugleich eine vollständige species facti enthalten:

1) Daß unterm 13. Juni 1870 die Beklagten, Herren Kindler und Comp. in Bern, bei Herrn Veron, Vertreter der Kläger vom Rath und Bredt in Köln, zwei Wagon Zucker, lieferbar der erste Wagon in Köln den 10. Juli und der zweite Wagon am 20. Juli 1870 bestellt haben, welche Bestellung von Herrn Veron angenommen worden ist;

2) daß die Kläger infolge dieser Bestellung am 13. Juli 1870 bei den betreffenden Angestellten der linksrheinischen Eisenbahn 450 Brodte brutto 10,115 Pfund Melis à Fr. 40½, ausmachend Fr. 4096. 57, zur Versendung nach Bern übergeben haben;

3) daß der fragliche Wagon am 14. Juli 1870 von Köln abgegangen, dann aber infolge des eben damals zwischen Frankreich und Deutschland ausgebrochenen Krieges am 16. Juli in Weißenburg von den Franzosen weggenommen worden ist;

4) daß die Kläger von den Beklagten, obwohl letztere infolge des letzterwähnten Umstandes niemals in den Besitz des von ihnen bestellten und an sie versandten Zuckers gelangt sind, Bezahlung des Preises desselben im Betrag von Fr. 4096. 57 verlangen, welche Bezahlung Seitens der Beklagten, eben weil sie den Zucker nicht erhalten haben, verweigert wird;

5) daß es sich fragt, welche von den streitenden Parteien den aus der stattgehabten Wegnahme des Zuckers eingetretenen Nachtheil zu tragen hat;

6) daß, was zunächst die Frage betrifft, welche Gesetze für den vorliegenden Fall Regel machen sollen, es ohne Zweifel diejenigen des Kantons Bern sind, indem der Kaufvertrag zwischen den Beklagten und den Klägern, resp. dem Vertreter derselben, in Bern abgeschlossen worden ist, der Zucker nach Bern zu versenden war und überdieß von den Klägern unterlassen worden ist, den auf die vorliegende Frage bezüglichen Inhalt und die dermalige Gültigkeit derjenigen fremden Gesetzgebung zu bescheinigen, die nach ihrer Ansicht anwendbar wäre;

7) daß nach Satz. 975 des bernischen Civilgesetzbuches der Schaden, den ein Zufall veranlaßt, von demjenigen ertragen werden muß, an dessen Person oder Vermögen sich derselbe ereignete, bei Sachen also vom Eigenthümer derselben, es sei denn, daß der Zufall durch das Verschulden eines Andern herbeigeführt worden, in welchem Fall dieser dafür verantwortlich sei;

8) daß nach Satz. 433 C. übersendete Sachen erst durch den Empfang in das Eigenthum desjenigen übergehen, dem sie

übersendet werden, es sei denn, derselbe habe die Uebersendungsart selbst angeordnet oder genehmigt, in welchem Falle das Eigenthum durch die Abgabe der Sache zur Uebersendung übertragen wird;

9) daß nicht nachgewiesen ist, daß die Herren Kindler und Comp. die Versendung des fraglichen Zuckers durch die linksrheinische Eisenbahn selbst angeordnet oder ausdrücklich genehmigt haben, vielmehr Parteien darüber einig sind, daß bei der zwischen den Beklagten und dem Vertreter der Kläger stattgehabten mündlichen Abschließung des fraglichen Kaufgeschäftes über die Art der Versendung der Waare gar nicht gesprochen worden ist, mithin der Zucker während seines Transportes noch Eigenthum der Versender (der Kläger) war und der Transport folgeweise auf ihre Gefahr stattfand;

10) daß die in der Faktura der Kläger enthaltene Stelle: „Wir sandten Ihnen für Ihre werthe Rechnung und Gefahr „durch die Eisenbahn", auf die sich die Kläger unter Anderm zur Begründung ihrer Behauptung, daß der Transport des Zuckers auf die Gefahr der Beklagten stattgefunden habe, von keiner rechtlichen Wirkung ist, indem dieß eine einseitige, von den Beklagten nicht genehmigte Erklärung der Kläger ist;

11) daß ebenso wenig die Vertragsbestimmung: „lieferbar von Köln", an den gesetzlichen Vorschriften über die Tragung der Gefahr betreffs des versandten Zuckers etwas zu ändern vermag, zumal der als Vertreter der Beklagten abgehörte Herr Adolf Quintal ausdrücklich erklärt hat, daß über die Frage, auf wessen Gefahr und Kosten der Transport der Waare stattzufinden habe, zwischen ihm und Herrn Veron, Vertreter der Kläger, gar nicht gesprochen worden sei;

12) daß endlich die Kläger, auch abgesehen von allem bisher Gesagten, den Zufall, der den fraglichen Zucker betroffen hat, schon aus dem Grunde zu tragen haben, daß der Verlust des Zuckers nicht stattgefunden haben würde, wenn sie den letztern vertragsgemäß am 10. Juli 1870 versandt hätten, indem notorisch die Feindseligkeiten zwischen Frankreich und Deutschland, welche die Wegnahme des Zuckers zur Folge hatten, erst einige Tage später ausgebrochen sind, weßhalb gemäß Satz. 705 C. die Kläger den Schaden zu ertragen haben, der durch ihre vertragswidrige Säumniß in der Versendung des Zuckers herbeigeführt worden ist. *)

*) Nach den Grundsätzen des Handelsrechtes kann hier nicht „vertragswidrige Säumniß" angenommen werden.

3) Der debitor cessus kann an seinen ursprünglichen Gläubiger gültig Zahlung leisten, so lange ihm von der Abtretung keine Mittheilung gemacht worden ist.

B. Minder gegen Bendicht Gerber.

(26. Juli 1872.)

Den 12. Februar 1862 schloß Frau Maria Gerber geb. Stettler mit ihrer Tochter Maria geb. Gerber, Ehefrau des Bendicht Minder und durch diesen vertreten, einen Verpfründungsvertrag ab, in Folge welches sie ihr gegen entsprechende Gegenleistungen unter anderen Vermögensbestandtheilen auch ein Kapital von Fr. 2825. 26 und zwei Schleißbeträge abtrat, nämlich den Schleißzins eines Kapitales von Fr. 4900 und statt eines Schleißes in natura den Gegenwerth von jährlich Fr. 85, gemäß einer Kaufbeile vom 1. September 1857 und 28. Jenner 1859. Beide Schleißbeträge hatte Frau Maria Gerber geb. Stettler von ihrem Sohne Bendicht Gerber zu fordern. Im Vertrage selbst erklärte Bendicht Minder, er nehme die seiner Frau abgetretenen Vermögensrechte an und verpflichte sich Namens seiner Ehefrau, die Schwiegermutter bei sich aufzunehmen, ihr anständige Wohnung zu geben u. s. w. Bis zum Jahr 1869 bezahlte nun Bendicht Gerber die abgetretenen Schleißbeträge regelmäßig an Bendicht Minder; dagegen weigerte er sich, die auf 1. Mai 1869 verfallenen zu bezahlen und schlug auf angehobene Betreibung hin wegen Nichtschuld das Recht dar.

Zu Begründung dieser Weigerung brachte er im Wesentlichen an: Es sei ihm niemals Mittheilung gemacht worden von der stattgefundenen Abtretung, und da seine Mutter wegen übler Behandlung, die sie bei Minder erlitten, denselben am 20. Mai 1868 verlassen habe und zu ihrer Tochter, Frau Magdalena Lüthi geb. Gerber, nach Bern gezogen sei, so habe er die schuldigen Schleißzinse an sie, als die ursprüngliche Gläubigerin, direkt bezahlt, und zwar unterm 10. und 17. Mai 1869 denjenigen pro 1. Mai 1869 und am 5. Mai 1870 denjenigen pro 1. Mai 1870.

In seiner Replik bestritt der Kläger, daß der Beklagte keine Kenntniß von der Abtretung gehabt habe; das Gegentheil gehe schon daraus hervor, daß er auf erfolgte Aufkündung hin das abgetretene Kapital von Fr. 2825. 26 ihm, dem Kläger, direkt ausbezahlt habe. Ferner sei er seit dem Jahre 1865 regelmäßig für die Schleißzinse rechtlich von dem Kläger betrieben worden, so daß er von der Abtretung Kenntniß gehabt haben müsse. Die

Bezahlung der Zinse an die ursprüngliche Gläubigerin anerkenne er nicht als für ihn verbindlich.

In seiner Duplik hielt Gerber seine Behauptung aufrecht, er habe von dem Verpfründungsvertrag keine Kenntniß gehabt, dagegen habe er allerdings gewußt, daß seine Mutter bei Bendicht Minder verpflegt werde, und deßhalb habe er ihn auch als legitimirt zum Bezuge der Schleißzinse angesehen.

Der Kläger Minder wurde in beiden Instanzen abgewiesen, in oberer unter Annahme folgender

Motive:

1) Daß, Angesichts der Seitens des Beklagten erfolgten Bezahlung der eingeklagten Schleißzinse an die ursprünglich berechtigte Wittwe Gerber zu untersuchen ist, ob der Beklagte vor dieser Bezahlung von der Abtretung der Schleißzinse an den Kläger im Verpfründungsvertrage vom 12. Februar 1862 auf verbindliche Weise Kenntniß erhalten habe und demgemäß den frühern Gläubiger nicht mehr gültig bezahlen konnte (S. 981 C.);

2) daß nach dieser Satzung die Abtretung dem debitorcessus bekannt gemacht worden sein muß, woraus folgt, daß eine zufällige Kenntniß des Schuldners von der Cession nicht genügt, sondern er davon, vom Cessionar oder vom Cedenten, in Kenntniß gesetzt werden müsse;

3) daß Kläger den Beweis einer solchen Bekanntmachung des Beklagten mit der fraglichen Abtretung nicht erbracht hat, indem:

a. eine spezielle Mittheilung zu diesem Zwecke nicht stattgefunden hat;
b. die Eintragung eines Auszuges des Verpfründungsvertrages in der Kaufbeile vom 1. September 1857 nicht als eine solche Bekanntmachung angesehen werden kann, zumal dieser Titel nicht in den Händen des Beklagten, welcher das Kapital noch theilweise schuldete, sich befunden haben konnte;
c. wenn seit 1865 in Betreff der Bezahlung der Schleißzinse Seitens des Minder Mahnungen und Betreibungsvorkehren gegen den Beklagten stattgefunden und dieser an jenen bis 1868 Bezahlung leistete, erstere der Cession nicht erwähnen und letzteres aus Grund, weil der Beklagte den Kläger als zum Bezug beauftragt betrachtete, geschehen konnte, somit auch hieraus nicht das Dasein einer Bekanntmachung gefolgert werden kann.

4) Unvollkommene Ausführung einer Bestellung berechtigt vom Vertrage zurückzutreten.

Gebrüder Stohmann gegen Nordmann.

(27. Juli 1872.)

Im Juli 1868 bestellte Nordmann bei den Gebrüdern Stohmann 150 Stück Hutbänder mit verschiedenen Dessins, und er glaubte annehmen zu dürfen, die bestellte Waare befinde sich auf Lager. In Ausführung dieser Bestellung übersandten die Gebrüder Stohmann an Nordmann einen Theil der bestellten Bänder mit der Mittheilung, daß die noch fehlenden schwarz-weißen Bänder schnellstens folgen würden, der Dessin 796 dagegen nicht mehr vorräthig sei, aber durch einen ähnlichen ersetzt werden könne. Herr Nordmann war jedoch mit dieser Ausführung seiner Bestellung nicht einverstanden und sandte daher die erhaltene Waare unter Nachnahme des ausgelegten Portos zurück, worauf dasselbe zu seinen Handen bei dem Hauptsteueramte Düsseldorf deponirt wurde. Da Nordmann jedoch nicht zu bewegen war, die Waare anzunehmen, so traten die Gebrüder Stohmann klagend auf und verlangten von Nordmann Uebernahme der Waare, Leistung des convenirten Preises und Schadensersatz; in beiden Instanzen erfolgte jedoch Abweisung, und zwar oberinstanzlich unter Annahme folgender

Motive:

1) Daß Kläger die fragliche Bestellung zugestandenermaßen nicht vollständig ausgeführt haben, indem sie nur 108 statt 150 Stück übersandten und gleichzeitig erklärten, daß sie einen Theil der ausstehenden Waare (schwarz-weiße Bänder) schnellstens nachsenden werden, einen Theil aber (dessin 796) gar nicht liefern können;

2) daß bei Bestellung von Modewaaren die Zeit, zu welcher geliefert werden soll — hier sofort — als wesentliche Vertragsbedingung zu betrachten ist;

3) daß somit Kläger sich nicht auf ihr Versprechen, die ausstehenden schwarz-weißen Bänder nachzusenden, berufen können und sie in Bezug auf dessin N° 796 außer Stande sind, den Vertrag zu erfüllen;

4) daß unter diesen Umständen der Beklagte berechtigt war, vom Vertrage zurückzutreten (Satz. 704 u. 705 C.);

5) daß, wenn seine Handlungsweise eine gerechtfertigte war, von einem Schadensersatzanspruch gegen ihn nicht die Rede sein kann.

5) Schadensersatzklage gegen einen Vogt wegen Unterlassung desselben, sich bei den im Geltstage eines Obligationsschuldners der Klägerin abgehaltenen Gläubigerversammlungen zu betheiligen, in Folge wessen sie auf die durch die Maßnahmen der übrigen Gläubiger der Masse zugeflossenen Werthe nicht angewiesen wurde.

Anna Barbara Gerber gegen David Wyß.

(1. August 1872.)

Der Klägerin Anna Barbara Gerber, bevogtet in der Person des David Wyß, stunden gegen ihren Tochtermann Samuel Schloßer zwei Obligationsforderungen zu von Fr. 714. 29 und Fr. 1071. 43. Unterm 17. April 1866 wurde gegen letztern der Geltstag erkannt und in demselben für die erwähnten Obligationen eine Eingabe gemacht. Bei der Inventur des schuldnerischen Vermögens erzeigte es sich, daß der Geltstager Alles einem Schwiegersohne abgetreten hatte. In Folge dessen berief der Massaverwalter eine Gläubigersammlung, welche den Beschluß faßte, gegen den Geltstager und seinen Tochtermann eine strafrechtliche Anzeige einzureichen wegen betrügerischer Vermögensabtretung. Die daherige Untersuchung endete mit einem Entscheide der Polizeikammer vom 18. Oktober 1866, wodurch der von dem Geltstager mit seinem Tochtermann abgeschlossene Abtretungsvertrag kassirt und letzterer verurtheilt wurde, das durch diesen Vertrag erworbene Vermögen der Geltstagsmasse des Samuel Schloßer zu ersetzen. Dieses Urtheil veranlaßte den Tochtermann, der Geltstagsmasse eine Summe von Fr. 3800 anzubieten gegen Ueberlassung der von ihm bereits übernommenen Gegenstände, und die Gläubiger nahmen in einer zweiten Versammlung dieses Anerbieten an. Das Vermögen des Geltstagers bestund nun einzig und allein in dieser Vergleichsumme, und da nur diejenigen Gläubiger auf dieselbe Anspruch hatten, welche sie durch ihre rechtlichen Vorkehren hatten erwerben helfen, David Wyß aber sich weder bei der ersten noch bei der zweiten Gläubigerversammlung betheiligt hatte, so wurde seine Pupillin für ihre beiden Obligationsforderungen zur Geduld gewiesen.

Würde Wyß sich bei den Gläubigerversammlungen betheiligt haben, so würde seine Pupillin für ihre Obligationsforderungen

den nicht privilegirten Gläubigern vorgehend angewiesen worden sein und keinen Verlust erlitten haben.

Der Nachfolger des Wyß in der Vogtei erhob Einspruch gegen den Klassifikations- und Vertheilungsentwurf und verlangte gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Einzelne Gläubiger widersetzten sich dem Begehren nicht, andere dagegen nahmen den Streit auf, und die Wittwe Gerber wurde in beiden Instanzen abgewiesen, hatte sich aber mit Rücksicht auf ein solches Resultat durch eine Streitverkündigung an Wyß den Regreß gesichert. Gestützt auf diesen Sachverhalt trat nun der neue Vogt gegen Wyß mit einer Schadensersatzklage auf.

Wyß setzte dem klägerischen Begehren eine peremtorische und eine dilatorische Einrede entgegen und schloß in der Hauptsache auf vollständige und eventuell auf theilweise Abweisung.

Zu Begründung dieser Schlüsse brachte Wyß im Wesentlichen Folgendes an:

Beim Ausbruch des Geltstages habe er die Eingabe besorgt und sodann am 10. November 1866 über seine Verhandlungen Rechnung abgelegt und im Vorbericht sowohl den Geltstag als die geschehene Eingabe erwähnt. Am 30. November 1866 sei diese Rechnung erstinstanzlich ohne Bemerkung passirt und der Vogt zur Entlassung empfohlen worden. In gleicher Weise sei auch am 21. Februar 1867 die oberinstanzliche Passation erfolgt. Durch diese Passationen seien die Verhandlungen des David Wyß im Geltstage des Samuel Schloßer ausdrücklich und stillschweigend gutgeheißen und der Beklagte somit von jeder weitern Verantwortlichkeit von daher enthoben werden. Diese Passationen seien auch weder auf dem Wege der Beschwerde noch auf demjenigen der Revision entkräftet worden, und ebensowenig habe eine Erörterung über die Existenz der Verletzung seiner Amtspflichten durch die kompetenten Administrativbehörden nach Maßgabe des Art. 48 des Gesetzes vom 19. Mai 1851 stattgefunden. Eine Civilklage wegen Verletzung seiner Amtspflichten sei daher nicht zuläßig, bevor der Passationsbeschluß auf dem Wege der Beschwerde oder der Revision entkräftet oder bevor ein Erkenntniß der kompetenten Administrativbehörden vorausgegangen sei, daß eine Verletzung der Amtspflichten vorliege. Ferner sei noch keineswegs konstatirt, daß die Bürgen des Schuldners in Folge seiner Nachlässigkeit der Haftbarkeit entlassen seien.

Allein auch einläßlich sei die gegnerische Klage nicht begründet, da es sich bei der ersten Gläubigerversammlung nur

um Anhebung eines Prozesses gehandelt habe, um der Masse neues Vermögen zuzuführen, nicht aber um derselben Vermögen zu erhalten, und da bei dem gänzlichen Mangel an sonstigem Vermögen die Kosten von den Gläubigern selbst hätten bestritten werden müssen, so habe er nicht annehmen dürfen, daß die Vormundschaftsbehörde zu Anhebung eines Prozesses ihre Zustimmung geben würde. Dieß sei auch die Ansicht des Gemeindschreibers gewesen, und deßhalb sei er von der ersten Gläubigerversammlung weggeblieben. Als aber die zweite stattgefunden habe, sei seine Rechnung bereits abgelegt und vom Gemeinderathe von Oberburg passirt gewesen, und zwar unter Bezeichnung eines Nachfolgers; er habe daher annehmen dürfen, daß seine Funktionen aufgehört haben und auf seinen Nachfolger übergegangen seien.

Der Appellations- und Kassationshof wies in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils die Einreden des Beklagten ab, und zwar die prozeßhindernde

in Betrachtung;

Daß die dem David Wyß zur Last gelegten Verhandlungen oder Unterlassungen, auf welche sich der Schadensersatzanspruch der Wittwe Gerber gründet, in der Vogtsrechnung des Erstern nicht angegeben und daher der passirenden Behörde unbekannt geblieben sind;

daß unter diesen Umständen die Rechnungspassation den Beklagten Wyß von der Verantwortlichkeit nicht enthebt. (Vergl. S. 286 C.)

Die fristliche

in Betrachtung:

1) Daß, so wie die Vogtsrechnung lautete, die passirende Behörde keine Veranlassung hatte, dieselbe nicht zu passiren, und somit auch kein Grund vorhanden war, Beschwerde gegen die Passation zu führen;

2) daß das Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851 auf Vormünder keine Anwendung findet, indem:

a. dasselbe in Anwendung des § 17 der Staatsverfassung erlassen worden, welcher seinem Inhalte nach nur auf Staatsbeamte und Staatsangestellte Bezug hat;

b. nicht auf Gemeindsbeamte anwendbar erklärt wurde, wie dieß in dem ungefähr gleichzeitig erlassenen Gesetze über Abberufung der Beamten vom 20. Februar geschehen ist;

3) daß folglich eine Erörterung über die Existenz der Verletzung von Amtspflichten des Vogtes Wyß durch die Administrativbehörden (§ 48 des Gesetzes vom 19. Mai 1851) nicht nothwendig war;

4) daß, wenn auch Wittwe Gerber das Recht gehabt hätte, die Bezahlung ihrer beiden Obligationsforderungen bei den Bürgen zu suchen, sie doch nicht schuldig war, dieses zu thun, indem ihre Schadensersatzklage gegen den Vogt auf einem selbständigen Fundamente beruht und daher von ihr sofort angestellt werden konnte.

Nach Abweisung der Einreden sprach das Gericht der Klägerin ihren Klagschluß zu unter Annahme folgender

Motive:

1) Daß der Klägerin durch die Unterlassung des Vogtes Wyß, sich bei den Gläubigerversammlungen vom 28. Juni 1866 und 11. Januar 1867 und den dort beschlossenen Vorkehren zu betheiligen, Schaden erwachsen ist, indem:

a. nach § 566 V.-V. denjenigen Gläubigern, die sich bei der Prozeßführung betheiligen, im Falle des günstigen Ausgangs das Recht eingeräumt ist, vor den andern Mitansprechern auf die im Streit gelegenen Gegenstände oder die der Masse zugeflossenen Werthe nach Mitgabe ihres Ranges Anweisung zu verlangen;

b. dem zufolge Wittwe Gerber in der fünften Klasse, den Forderungen der aufgetretenen Gläubiger vorgehend, eine fruchtbare Anweisung auf die von Niklaus Bütigkofer bezahlte Vergleichssumme erhalten haben würde, wenn sich ihr Vogt an den Maßnahmen der aufgetretenen Gläubiger betheiligt hätte;

2) daß die Pflicht der Gläubiger, an solchen Versammlungen Theil zu nehmen, wenigstens die Sache zu untersuchen, aus der citirten Bestimmung des § 566 V.-V. hervorgeht, und der Vogt Wyß um so mehr verpflichtet war, dieses bei den fraglichen Gläubigerversammlungen zu thun, als er dazu speziell eingeladen wurde;

3) daß es insbesondere Pflicht desselben war, Bericht an die Vormundschaftsbehörde zu erstatten und Weisung einzuholen;

4) daß in keiner Weise konstatirt ist, daß die Vormundschaftsbehörde deßhalb, weil Frau Gerber kein anderes Vermögen, als das im Schloßer'schen Geltstage liegende besaß, dem Vogte Wyß keine Weisung zur Prozeßführung gegeben hätte;

5) daß zur Zeit beider Gläubigerversammlungen seine Funktionen als Vormund noch fortdauerten, indem bis zur Regierungsstatthalteramtlichen Passation und Bestallung eines neuen Vogtes der bisherige Vogt schuldig ist, die Verwaltung fortzuführen (Satz, 252, 259 C.) und die Gelübdsaufnahme des neuen Vogtes erst am 14. Februar 1867 stattfand;

6) daß der Beklagte sonach für den durch seine erwähnte Nachlässigkeit der Klägerin erwachsenen Schaden ersatzpflichtig ist (Satz. 256, 261 C.), insbesondere für die im Geltstag des Schloßer zwar anerkannten, allein zur Geduld gewiesenen beiden Obligationsforderungen sammt Zins und Folgen;

7) daß die Klägerin im Falle war, den erhobenen Restitutions- und Einspruchsprozeß gegen den Klassifikations- und Vertheilungsentwurf im Schloßer'schen Geltstag zur Wahrung ihrer Rückgriffsrechte sowohl gegen den Vogt, als gegen die Bürgen zu führen, um so mehr als Wyß auf die an ihn erlassene Streitverkündigung hin stille blieb, daher derselbe auch die Kosten desselben zu bezahlen hat.

6) Notherbrecht der Kinder erster Ehe mit Beziehung auf Vermögen, welches der Mutter nach Eingehung einer zweiten Ehe und daheriger Theilung angefallen ist.

Gottlieb Pflieger und Mithafte gegen Gottlieb Sommer.

(1. August 1872.)

Im Jahre 1818 verheirathete sich die im Merz 1871 in Biel verstorbene Anna Sommer geb. Heß von Sumiswald mit Jakob Schmid von Aarburg und hatte aus dieser Ehe drei Kinder. Nach dem 1833 erfolgten Tode des Schmid verheirathete sich die Wittwe im Jahr 1844 wieder mit Johann Sommer von Sumiswald, und es ging aus dieser Ehe ebenfalls ein Kind hervor Namens Gottlieb Sommer. Nach Abschluß dieser Ehe fand zwischen den Kindern erster Ehe und dem Johann Sommer als Vertreter seiner Ehefrau eine Theilung statt gemäß S. 528 C.; nach Abschluß derselben fiel aber der Ehefrau noch unter zwei verschiedenen Malen erbsweise Vermögen an; das eine Mal von Andreas Zürcher ein Betrag von Fr. 848. 60 und

das andere Mal von ihrer Schwester Barbara Schär geb. Heß ein solcher von Fr. 4196. 54. Beide Beträge kehrte sie ihrem Ehemann ein. Letzterer starb 1867 und es fand sodann zwischen seiner Wittwe und den Kindern ihres Ehemannes aus erster Ehe und ihrem eigenen Sohne Gottlieb ein Erbauskauf statt, in Folge welches sie für ihren Erbtheil von Fr. 11,575. 75 auf eine Abtretungsbeile gewiesen wurden, welche ihre Stiefsöhne und ihr Sohn schuldeten.

Im Merz 1871 verstarb Frau Sommer verwittwete Schmid geb. Heß und ihr Nachlaß bestand in dem erwähnten Forderungsrecht im restanzlichen Werth von Fr. 10,500. Die Kinder erster Ehe traten nun auf und verlangten gemäß S. 518 C. für dasjenige Vermögen, welches ihrer Mutter sel. nach Eingehung ihrer zweiten Ehe und nach der Theilung von 1844 angefallen sei, als Notherben mit dem Sohne zweiter Ehe anerkannt zu werden. Dabei anerkannten sie jedoch ausdrücklich, daß dasjenige Vermögen, welches der Mutter in der Theilung zugefallen sei, und dasjenige, welches sie von ihrem Ehemanne ererbt habe, nicht in die Theilung fallen solle, so daß das den sämmtlichen Notherben verfangene Vermögen Fr. 5045. 14 betrage. Der Beklagte Gottlieb Sommer widersetzte sich dem gestellten Begehren, begnügte sich jedoch mit Verneinungen. Die Beweisführung wurde geführt mittelst Urkunden und Eidesabhörung des Beklagten und lieferte ein den Klägern günstiges Resultat, worauf in beiden Instanzen das Notherbrecht der Kinder erster Ehe auf das von ihrer Mutter nach der Theilung erworbene Vermögen anerkannt wurde.

7) Die bloße Bestreitung der Echtheit einer Privaturkunde ist wirkungslos, wenn keine Einrede erhoben worden ist.

Friedrich Berger gegen Jakob Berger.

(2. August 1872.)

Motive:

Daß J. Gerber und Mithafte die vom Gegner zu Art. 10 angerufene Genehmigung vom 1. Juli 1870 hinsichtlich der Echtheit nicht angefochten haben, indem:

a. sie zwar die Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit der Urkunde bestritten, sowie die Echtheit verneint, dagegen keine förmliche Einrede gegen letztere erhoben haben;

b. nun aber dieselben, wenn sie neben der Anfechtung der Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit der Urkunde deren Echtheit bestreiten wollten, eine Einrede anbringen mußten, (§§ 51 b, 216 und 217 P.);

daß unter diesen Umständen Friedrich Berger keine Veranlassung hatte, den in § 210 P. vorgeschriebenen Echtheitsbeweis zu übernehmen, wie er auch denselben nur eventuell übernommen hat.

Anmerkung. Gewiß ließe sich auch eine andere Ansicht vertreten, da auch wenn eine Einrede gegen die Echtheit einer Privaturkunde erhoben wird, die Beweislast den Produzenten und nicht den Exzipienten trifft. Der letztere hat seine Einrede gar nicht zu begründen, sondern es genügt eine Verneinung der Echtheit, und deßhalb ist sie auch nur eine Bestreitung, aber keine exceptio.

APERÇU

en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque * sont particuliers au Jura bernois.

Mai 1872. *)

1. *Terme péremptoire. — Négligence. — Forclusion du droit de défense.* Les frères Monnerat avaient actionné G. Haldi en exécution d'une vente de bois, par un exposé de demande qui fut produit devant le Juge de Gesnay à son audience du 7 Novembre 1871; à ce terme les demandeurs se soumirent aux sûretés requises pour les frais du procès. La cause ayant été renvoyée sur le 28 Novembre pour la production de la défense, les parties convinrent de proroger ce terme d'abord sur le 12 Décembre puis, *péremptoirement* sur le 16 Décembre 1871. A ce dernier terme le défendeur sollicita de nouveau un renvoi qui fut rejeté par le Juge, sur quoi prise à partie à laquelle il ne fut pas donné suite. Les demandeurs Monnerat citèrent Haldi en reprise d'instance

*) Voyez pour le commencement de Mai, le Nr. 6, vol. VIII, Décembre 1872.

sur le 20 Février 1872, où ils conclurent à ce que le défendeur soit déclaré déchu du droit de fournir défense et à ce qu'en conséquence la procédure soit clôturée et que terme soit fixé pour le prononcé du jugement au fond. Le défendeur résista à cet incident, offrant de présenter sa défense séance tenante. Mais le Juge en première instance et la Cour par son arrêt confirmatif du 30 Mai 1872 adjugèrent aux demandeurs leurs conclusions en forclusion, par les motifs qu'un terme péremptoire avait été fixé conventionnellement entre les parties, que la sanction du Juge pour la fixation d'un pareil terme n'était pas indispensable et qu'au surplus Haldi avait négligé de donner suite à son pourvoi de prise à partie, alors que le Juge avait le 16 Décembre rejeté toute nouvelle demande de terme. (Gottfried Haldi contre frères Monnerat; 30 Mai).

2. *Assurance sur la vie. — Refus de paiement pour cause de fausses déclarations.* — Un nommé Jean Baptiste Weissenberger de Vöhringen, en Bavière, s'était assuré pour fr. 25,000 à la Société «London-Union.» La police, datée du 15 Avril 1868, porte que la somme d'assurance est réversible aux héritiers ou successeurs de l'assuré et que les primes annuelles de fr. 1600 sont payables par quote de fr. 422. 75 tous les trois mois. La première quote a été versée au moment du contrat. L'assuré Weissenberger mourut le 14 Juin 1868, d'un coup d'apoplexie. Déjà le 9 Mai il avait cédé sa police à son gendre et celui-ci la cessionna au demandeur en la cause actuelle. En 1869 la Société «London-Union» fut actionnée en payement de la somme d'assurance. Elle resista à cette demande et allégua pour sa défense que dans le formulaire des questions préparatoires posées à Weissenberger, celui-ci avait répondu qu'il menait une vie réglée, qu'il n'était pas adonné à la boisson, etc. Or, dit la Société, ces déclarations, bases du contrat, sont fausses: il est certain que l'assuré W. était depuis longtemps un buveur d'eau-de-vie, que le coup de sang qui l'a frappé est la conséquence de sa mauvaise habitude, qu'ayant ainsi été induite en erreur la Société d'assurance n'est pas tenue de respecter un contrat qui n'est que le résultat d'une tromperie et de fausses données. Lors de l'apport des preuves, plusieurs témoins furent entendus; leurs dépositions touchant le genre de vie de W. et les allégués de la défense sont contradictoires. Le médecin qui a fait l'autopsie déclare, qu'à la vérité l'apoplexie a été amenée

par l'usage de liqueurs alcooliques, mais qu'il est possible que d'autres causes, telles que la chaleur, l'âge, etc., aient produit le même effet.

Cette affaire fut soumise directement à la Cour qui par son arrêt du 31 Mai adjugea au demandeur ses conclusions et condamna la Société au payement de la somme d'assurance et des frais.

Motifs: Que c'est à la Société à établir l'existence des faits de tromperie dans les déclarations de l'assuré; que cette preuve n'est pas apportée à suffisance de droit, qu'il y a bien des indices, mais qu'ils ne sont pas de nature à invalider le contrat; que pour cela il faudrait que les tromperies reprochées aient été intentionnelles et faites *à dessein*, et que contrairement aux statuts et à l'obligation de l'assuré de dire toute la vérité, celui-ci ait par voie de dol ou de fraude répondu aux questions préparatoires. (Pfister contre Société «London-Union;» 31 Mai.)

Observation. Les difficultés qui naissent sur la validité des polices d'assurance sont presque toujours, puisque nous n'avons pas de loi spéciale sur la matière, à résoudre d'après les circonstances du fait. Dans l'espèce il y avait beaucoup à dire en faveur de la manière de voir de la Société défenderesse: aussi l'arrêt qui précède n'a-t-il été rendu qu'à la majorité. F.

Juin 1872.

3. * *Billets à ordre. — Exception de faux. — Renvoi au civil. — Expertise atramentaire en appel.* — En Août 1869, les nommés Auguste Pandel et Auguste Dubail souscrivirent chacun un effet de commerce de fr. 2000 à l'ordre de F[s] Farrez, aubergiste aux bois, qui l'endossa à d'autres négociants. Le S[r] Farrez, ayant pris la fuite, fut déclaré en faillite et les porteurs des dits billets attaquèrent les souscripteurs Dubail et Pandel en payement. Ceux-ci portèrent plainte en faux contre Farrez et l'affaire, après enquête, fut soumise aux assises du Jura; mais le Jury répondit négativement sur l'accusation de falsification de signature, reprochée au fugitif Farrez, et la Cour réserva le point civil. Les porteurs des effets revêtus des signatures de Dubail et Pandel, attaquèrent ensuite ces derniers devant le Tribunal consulaire de Saignelégier. Celui-ci les débouta de leurs conclusions, admettant que par le verdict de non culpabilité la preuve de la

non existence d'une signature véritable était établie. Appel ayant été interjeté de ce prononcé, les créanciers Kaufmann et Strubin contre Auguste Dubail, et Barbier Moser et Comp. contre Auguste Pandel conclurent à ce qu'il ne soit pas entré en matière snr la qnestion de validité du billet, attendn qu'elle a été tranchée par arrêt de la Cour d'assises dn Jnra et *éventuellement* ordonner qn'il scra procédé à une expertise touchant l'authenticité de la signature apposée sur les dits billets. La Cour debouta les demandeurs dn premier chef de lenrs conclnsions et adjugea celles prises éventuellement. Voici les motifs de cet arrêt :

considérant :

1. Que si le verdict du Jury constate que la signature contesté n'est point l'œuvre dc Farrez, il n'en résulte nnllement qu'elle ait été apposée par le defendeur Dubail;

2. Que l'arrêt du 8/9 Septembre 1871 ne se prononce pas sur l'objet du litige actuel, mais renvoie Kaufmann et Strnbin à se pourvoir devant le Juge civil;

3. Qu'en portant plainte contre Farrez, Dubail n'a point libéré les demandeurs de l'obligation d'établir l'anthenticité de la signature, obligation que la loi met à leur charge (art. 1324 C. C. fr. 201. 210 C. pr. civ. b.);

4. Qu'il s'agit au cas particulier d'une procédure commerciale ct qu'ainsi la demande d'expertise, éventuellement formulée, est recevable en tont état de cause, (même prononcé dans les affaires Kaufmann et Strubin contre A. Dubail et Barbier Moser et Cie contre A. Pandel, *mutatis mutandis;* 1er Juin.)

4. *Transport par voie ferrée. — Avaries. — Responsabilité.* — Le 2 Juin 1870 un courtier français expédia à la maison Guiraud-Faure de Berne 59 pièces de Beaujolais qni arrivèrent, par chemin de fer, à destination en gare à Berne, et qui furent immédiatement expertisées le 11 Juin même année. Le tonnelier-expert constata qne 47 des pièces en question étaient avariées et présentaient un déchet de 673 pots féd. ou 1009 littres. Il attribuait le coulage principalement à la chaleur et au vent qui avaient détruit la futaille originairement bien conditionnée et en ontre à ce que dans plusieurs des pièces les bondes avaient été changées, tandis que d'autres étaient percées au côté et presque vides.

Le destinataire actionua en conséquence la Société de l'Ouest-Suisse en réparatiou du dommage causé. — La défenderesse soutint qu'elle avait trausporté la marchandise telle qu'elle l'avait reçue à la gare de Genève et que le déchet étant la conséquence du vent ou de la température, elle ue pouvait en être rendue responsable; qu'en outre l'expéditiou avait été faite selou un «Tarif spécial» qui permettaut de transporter en vagons découverts, ne mettait aucun risque à la charge du voiturier. — Il fut répliqué que la lettre de voiture ne mentiounait nullement ce «Tarif spécial» et que dès lors rieu n'était chaugé aux obligations de la Société. Celle-ci offrait de teuir compte du *déchet de route* à raison du 2 % sur la marchandise transportée. Le demandeur u'admettait ce déchet que sur les pièces réellemeut avariées ou en état de vidange.

Cette affaire fut soumise à la Cour par voie de prétérition du Tribunal de première instance, et la Cour adjugea au demandeur les couclusions de sa demande en réparatiou du dommage causé et sous déduction du 2 % de déchet de route par pièce avariée, et ce par les motifs suivants:

Que les avaries et la vidauge sont constatées, que la Société, en tant que commissionnaire de transport est responsable des avaries et du déchet, à moins qu'elle ne prouve que la perte est la conséquence d'un cas fortuit ou de force majeure; que l'objection déduite de l'existence d'un «Tarif spécial» convenu n'est pas sérieuse, puisque la lettre de voiture est muette à ce sujet; qu'il y a faute de la part de la Société de transport si les avaries ont été amenées par les intempéries ou autres causes qu'elle devait prévoir; que si le dommage existait lors de l'arrivée de la marchaudise à Genève, la Société ne devait pas l'accepter mal conditiounée, mais la réfuser ou se réserver son recours; que quant au déchet de route, il ne peut être imputé que sur les pièces que l'expert a reconnues n'être pas intactes et non sur la totalité des vins transportés. (Guiraud-Faure coutre Société de l'Ouest-Suisse; 8 Juin 1872,)

5. *Biens de corporation saisis avant partage. — Avance partielle à un ayant-droit. — Non recevabilité des poursuites.* — Un nommé Fréd. Bischoff après sa faillite émigra en Amérique. Sa femme, pour le rejoindre, reçut le 12 Mars 1868 de la Caisse de famille des Bourgeois de Thouue une somme de fr. 450, à restituer plus tard en espèces ou à imputer sur la part du mari, en cas de partage des biens

de ladite caisse, le tout selon les prescriptions dn réglement existant. La corporation de la caisse de famille de Thoune décida en 1869 de se dissoudre. Les créanciers de Bischoff vonlnrent alors faire vendre la part entière qui devait lui revenir en cas de partage. La corporation forma opposition à ces poursuites et conclut à leur non recevabilité, prétendant qne d'après ses réglements, les avances faites aux ayants-droit étaient remboursables ou, en cas de partage, à imputer avant tout snr la part revenant à celui qui les avait reçues. Le Tribunal de première instance, et la Conr admirent cette manière de voir, et il fut reconnu que les réglements établis continuaient à être en vigueur jusqu'àprès le partage définitif, lequel n'avait pas encore en lien et que jusqu'à ce moment les créanciers de l'ayant-droit, pas plus qne ce dernier, ne pouvaient vendre ou céder une part idéale qui ne deviendrait un bien particulier qu'après le partage consommé. (Masse Bischoff contre Caisse de famille; 14 Jnin.)

6. * *Mesures extraordinaires.* — *Non-validité.* — La saisie-arrêt, faite en mains tierces, doit être conforme aux prescriptions de l'art. 467 C. pr. civ. b. Une mesure extraordinaire ne peut être validée si le créancier ne court pas risqne de ne point obtenir payement par les voies ordinaires. Il en est notamment ainsi lorsqne le débiteur-saisi n'est pas en déconfiture évidente, et que le créancier a par devers lui et pour la garantie de sa créance, des gages hypothécaires qni paraissent snffisants pour éteindre la dette. (Girardin Prêtre et Cie contre Jean Baptiste Désbœuf et consorts; 20 Juin.)

7. * *Cautionnements.* — *Délégations.* — *Recours.* — *Non-légitimation active au procès.* — Dans un exposé de demande du 10 Octobre 1871, les Sieurs Jules Auguste Béguelin et Louis Reichenbach conclurent à ce que Ulysse Vuillenmier-Prêtre soit condamné à leur rembourser:

a. fr. 426. 78 qn'ils ont dû payer à Veuve Nicod, créancière hypothécaire, comme cautions d'Aimé Béguelin;

b. fr. 450. 06 qu'ils ont dû payer à Louis Grosjean, créancier hypothécaire, et cela en leur dite qualité de cautions d'Aimé Béguelin.

A l'appni de ces conclusions les demandeurs alléguaient les faits suivants:

Le nommé Pierre Frédéric Voumard était propriétaire d'une métairie, sise sur la montagne de Courtelary dite «La Combe à Nicolas», se composant d'une maison et dépendances et d'environ 53 journ. de terrains. Il possédait en même temps 3 prés réunis sur lesquels pesait une hypothèque de fr. 1159. 40 au profit du vendeur Louis Grosjean, rentier, et 2 autres prés de montagne affectés à la garantie d'un prêt hypothécaire dû à l'hoirie Nicod. — Par acte du 29 Novembre 1856 Pierre Frédéric Voumard vendit tous les immeubles ci-dessus à Charles Aimé Béguelin qui les acquit sous le cautionnement solidaire des deux demandeurs. Le 15 Octobre 1857 Ch. A. Béguelin vendit les dits immeubles au défendeur Vuilleumier-Prêtre, qui lui-même en 1860 les revendit à Justin Emile Houriet. Tous ces actes de transmission de propriété mentionnent la délégation de payement aux créanciers en titre des différentes dettes hypothécaires grevant les immeubles, mais ces créanciers n'ont pas été interpellés et n'ont pas accepté ces délégations. Après le décès du dernier acquéreur, J. E. Houriet, sa veuve fit discussion; ses biens furent licités sans opposition et sans intervention dans le sens d'une ventilation. Seulement les créanciers Grosjean et Girod produisirent, mais ils ne furent colloqués que pour une partie de leurs réclamations sur le produit proportionnel des immeubles sur lesquels ils avaient hypothèque. Pour se récupérer des sommes pour lesquelles ils avaient été renvoyés perdants, les dits créanciers Louis Grosjean et l'hoirie Girod attaquèrent alors les cautions de Pierre Frédéric Voumard, débiteur originaire. Ces cautions soldèrent la réclamation, mais au lieu de recourir contre le véritable débiteur Voumard, elles attaquèrent les cautions du premier acquéreur Ch. Aimé Béguelin. Celles-ci, sans autre formalité, désintéressèrent les cautions du débiteur originaire et se contournèrent directement contre le défendeur actuel Ul. Vuilleumier-Prêtre, prétendant qu'elles étaient aux droits de son vendeur Ch. Aimé Béguelin par suite des payements qu'elles avaient faits et que dès lors elles pouvaient le forcer à exécuter les engagements qu'il avait pris dans l'acte de vente du 15 Octobre 1857. Le défendeur contesta avoir jamais été constitué débiteur des créances Grosjean et Nicod, alléguant que ceux-ci s'étaient présentés dans la liquidation Houriet et avaient produit en vertu et se prévalant de leurs titres respectifs de créance, datant de 1854 et 1855, et non en vertu d'une délégation qui n'équivalait qu'à une simple indication de payement. Il ajoutait que si les demandeurs ont

payé comme cautions, ils ne peuvent avoir de recours que contre le véritable débiteur soit contre celui en faveur duquel ils se sont engagés.

Cette affaire fut soumise à la Cour par voie de prétérition du tribunal de première instance et la Cour dans sa séance du 27 Juin 1872 débouta les demandeurs de leurs conclusions sous suite de frais, par l'admission des motifs ci-après :

considérant :

1. Que les demandeurs réclament ce qu'ils ont payé aux cautions de Pierre Frédéric Voumard débiteur originaire des créances Grosjean et Nicod, et que l'on pourrait avoir des doutes sur la question de savoir, si ces cautions ont bien ou mal payé la somme inutilement colloquée dans la liquidation Houriet;

2. Que néanmoins, et abstraction faite de ce point, ainsi que des arguments touchant la Novation par suite du payement d'une portion des intérêts et la responsabilité résultant d'un quasi-délit (art. 1383, C. c. fr.), il est certain que l'action présente est mal intentée; en effet :

a. Vuilleumier-Prêtre, partie défenderesse, ne s'est pas personnellement engagé envers les demandeurs; par l'acte de vente du 15 Octobre 1857 il n'a contracté d'obligation *directe* qu'à l'égard de son vendeur Charles Aimé Béguelin;

b. les créanciers Nicod et Grosjean ne l'ont pas accepté comme leur débiteur; ils ont au contraire produit dans la liquidation Houriet en vertu de leur titre de créance originaire, et comme ils n'ont pas expressément déclaré qu'ils entendaient décharger le débiteur ou le déléguant (Art. 1275 C. c. fr.), la délégation faite lors de la vente des immeubles hypothéqués ne constitue qu'une simple indication de payement (art. 1277 ibid.);

c. si les cautions, à teneur de l'ar. 2028 C. c. fr. ont recours contre le débiteur principal, c'est-à-dire contre celui en faveur duquel elles se sont obligées, ce débiteur dans l'espèce et à l'égard des demandeurs, n'est pas l'acquéreur Vuilleumier-Prêtre, mais bien le déléguant Charles Aimé Béguelin;

d. la subrogation dont parle l'art. 2029, C. c. fr., ne donne pareillement un recours aux cautions qui ont payé la dette que contre le véritable débiteur cauionné; lest créanciers Nicod et Grosjean, à défaut de novation ou de délégation parfaite, n'avaient aucune action *personnelle* et *directe* contre les divers acquéreurs qui se sont succédés, et ceux qui ont bénévolement soldé la réclamation de ces créanciers ne peuvent être subrogés dans les droits qu'ils n'avaient pas;

e. Il ne peut être question de la subrogation légale prévue par l'art. 1251. C. c. fr., puisque les cautions de Charles Aimé Béguelin en faveur de Voumard n'étaient tenues ni avec Vuilleumier-Prêtre ni pour lui au payement de la dette originairement contractée par le dit Voumard, qu'il n'est pas prouvé qu'elles eussent intérêt à acquitter cette dette, et qu'au surplus une subrogation des cautions dans les droits éventuels du cautionné contre son propre débiteur ne se comprend qu'autant qu'elle a été formellement stipulée;

f. l'argumentation tirée des art. 1372 et suiv. C. c. fr. n'est pas fondée, car il n'est pas constant que les cautions demanderesses aient réellement géré les affaires de Vuilleumier-Prêtre et que celui-ci ait été dans l'impossibilité de le faire lui-même;

3. Que dans ces circonstances les demandeurs ne sont pas légitimés pour agir en la qualité qu'ils se présentent au procès.

P. C. M.

La Cour déboute des conclusions prises. (Béguelin et cons. contre hoirie Vuilleumier-Prêtre; 27 Juin 1872.)

Literarische Anzeigen.

Frank, Wilh. Dr. Die Landgrafschaften des heil. römischen Reichs. Eine rechtsgeschichtliche Studie. 1873.

Diese Schrift enthält zum ersten Male eine quellenmäßige Forschung über Ursprung und Wesen der Landgrafschaft, als

einer staatlichen Einrichtung des heil. römischen Reichs deutscher Nation. Der Verfasser sucht nachzuweisen, daß die Entstehung der Landgrafschaften keine neue politische Schöpfung, sondern nur ein Uebergangsmoment in der Entwicklungsgeschichte der Reichsterritorien aus der Gauverfassung bezeichnet, und daß ihre weiteren inneren Schicksale daher zugleich den Gradmesser abgeben sowohl für die Ausbildung der Landeshoheit, als auch für die noch fortdauernde Bedeutung der alten freien Stände — insbesondere der Schöffengerichtsbarkeit — in einer bestimmten Gegend. Für uns Berner ist diese Schrift von besonderem Interesse, da sie die Landgrafschaften der heutigen Schweiz und namentlich auch diejenigen des Kantons Bern behandelt. Das Buch sei daher den bernischen Juristen und Historikern bestens empfohlen. K.

Förster, Franz Dr. Preußisches Grundbuchrecht. 1872.

Dieses Buch, welches den bekannten Bearbeiter des preußischen Privatrechtes zum Verfasser hat, enthält die erste dogmatische Bearbeitung der neuen preußischen Gesetze über das Immobiliarrecht. In sechs Kapiteln behandelt dasselbe folgende Gegenstände: Grundbuch, Eigenthumserwerb, die dinglichen Belastungen, die Klagen aus dem Grundbuchrecht, die Zwangsvollstreckung und das Aufgebotsverfahren. K.

Rudolf von Ihering. Der Kampf um's Recht. Wien, Verlag der Manz'schen Buchhandlung, 1872.

Die vorliegende Monographie ist hervorgegangen aus der Umarbeitung eines Vortrages, welchen Ihering kurz vor seinem Weggange von Wien in der dortigen juristischen Gesellschaft gehalten hat. Sie will eine Unterlassungssünde, welche sich die Theorie bisher hat zu Schulden kommen lassen, gut machen: die Bedeutung des Kampfes für das objektive und subjektive Recht nachweisen. Die Schrift, in stylistischer Beziehung ein wahres Kunstwerk, ist reich an geistvollen Ausführungen und psychologisch-feinen Bemerkungen; sie wird jedem Leser, mag er mit der Grundauffassung einverstanden sein oder nicht, Genuß und Anregung gewähren. S.

Stämpfli'sche Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. Nr. 10.

April 1873.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Juni, Juli und August 1872.

1) Die Klage auf Erfüllung eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Weintauschvertrages wird abgewiesen, weil der vom Kläger gelieferte Wein nicht das vertragsmäßige Quantum enthielt.

Bader und Comp. resp. J. Flückiger gegen J. Glausen.

(10. August 1872.)

Motive:

Daß die Beklagten Herren Bader und Comp. das ihnen vom Kläger Glausen im Mai 1866 gesandte, angeblich 110 Maaß Malvasierweines enthaltende Faß nicht angenommen, sondern dasselbe sofort bei den Speditoren Schegg und Böhlen in Bern, durch deren Vermittlung ihnen das Faß nach seiner Ankunft in Bern zugeführt werden sollte, zur Verfügung des Versenders gestellt haben;

daß den Beklagten zwar der Beweis ihrer Behauptung, daß Joseph Flückiger, gewesener Associé des Hauses Bader und Comp., den in Frage stehenden Weintauschvertrag nur unter der Bedingung abgeschlossen habe, daß sein Associé Bader dem Vertrag seine Zustimmung ertheile und diese dem Kläger binnen zehn Tagen brieflich mitgetheilt werde, was nicht geschehen sei, in Folge der von Jakob Glausen auf erfolgte Eideszuschiebung gemachten Aussagen mißlungen ist, so daß dieser Grund zur Verweigerung der Annahme des Weines und der Erfüllung der eingeklagten Gegenleistung dahinfällt;

daß dagegen die weitern, Seitens der Beklagten zur Bestreitung der Klage geltend gemachte thatsächliche Behauptung, das fragliche Faß habe beim Anlangen im Speditionshause in Bern nicht 110 Maaß Weines enthalten, indem ein Theil seines Inhaltes in Folge äußerer Beschädigungen des Fasses ausgeflossen sei, durch die Aussagen mehrerer Zeugen erwahrt worden ist, allerdings ohne daß auch das Fehlende Quantum festgestellt worden ist, weßhalb die Beklagten berechtigt waren, die Annahme des Weines und die Erfüllung der übernommenen Gegenleistung zu verweigern;

daß der vom Kläger gemachte Einwand, der Manco, der sich bei Ankunft des fraglichen Fasses im Speditionshause der Herren Schegg und Böhlen erzeigt haben möge, rechtfertige deßwegen die Verweigerung der Annahme des Weines und der Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages nicht, weil die Beklagten unterlassen hätten, dem Kläger rechtzeitig von diesem Umstand Kenntniß zu geben, nicht begründet ist, indem, abgesehen von der Frage, ob überhaupt die sofortige Angabe des Grundes, aus welchem Jemand die Anerkennung eines gegen ihn gerichteten Anspruchs verweigert, erforderlich sei, um dieß mit Erfolg thun zu können, dem Kläger Glausen von dem Umstande, daß sich ein Manco vorgefunden habe, durch den Brief der Herren Bader und Comp. vom 14. Juni 1866, worin diese erklären, daß sie sich zur Annahme des Weines verstehen könnten, insofern derselbe durch einen beeideten Küfermeister nachgemessen werde, da sie einen allfälligen Manco nicht ertragen würden, rechtzeitig und deutlich genug Kenntniß gegeben wurde.

2) Wenn eine bestimmte Linie als Grenzlinie verzeigt wird, so hat der Verkäufer auch dann dafür einzustehen, wenn die Gewährspflicht ausdrücklich aufgehoben worden ist.

Christian Held gegen Jakob Liechti.

(22. August 1872.)

Motive:

1) Daß nach dem Ausgang des Prozesses gegen Peter Held die über den Kieselstein gezogene Linie als Marche zwischen dem Waldstück des Christian Held, welches derselbe den Klägern verkaufte — und denjenigen des Peter Held anzusehen ist;

2) daß zwar die Marchbeschreibung im fraglichen Kaufe „dem Walde des Peter Held nach" richtig ist, ob die gerade oder die über den Kieselstein gezogene Linie als Grenze gelte;

3) daß dagegen der Nachweis geleistet ist, daß Christian Held sowohl vor der Verschreibung des Kaufvertrages den Käufern die Grenzlinie auf fraglicher Stelle in gerader Richtung gehend verzeigte und von der Biegung, welche Peter Held beanspruchte — obwohl er diesen Anspruch kannte — nichts erwähnte, als auch naher die Grenzlinie in gleicher Weise verzeigte und den Kieselstein als kein Grenzzeichen erklärte; durch welche Erklärungen die Kläger veranlaßt wurden, den Prozeß gegen Peter Held aufzunehmen;

4) daß der Verkäufer Christian Held den Kläger für diese unrichtige Verzeigung der Grenzlinie und den ihm daraus erwachsenen Schaden verantwortlich ist, indem:

a. auch wenn die Gewährspflicht aufgehoben ist, der Veräußerer immer für diejenigen Entwährungen haftet, wozu er durch seine eigenen Handlungen Anlaß gegeben (Satz. 720 C.);

b. hier der Fall der Satz. 681 C. vorliegt.

3) Ein Hausbuchbeweis ist nicht zulässig, um zu beweisen, daß der eingeklagte Kaufpreis vom Beklagten bezahlt worden sei.

(S. Zeitschrift für vaterl. Recht IV, 273; V, 257; VII, 69; VIII, 381.)

N. Moser gegen Rothenbühler.

(23. August 1872.)

Motive:

Daß das vom Beklagten zu Art. 14 angerufene Hausbuch die von ihm in diesem Artikel behaupteten Zahlungen nicht beweisen kann, indem:

a. nach dem Gesetz § 276 P. der Hausbuchbeweis nur zuläßig ist für Anforderungen des Beweisführers herrührend von Berufsarbeiten oder Waarenlieferungen, nicht aber für geleistete Zahlungen;
b. abgesehen von dieser Bestimmung das Hausbuch für sich allein zur Auferlegung des Ergänzungseides nicht genügt (§ 274 P.*);
c. da die Vorschrift des § 276 P. eine Ausnahmsbestimmung ist, dieselbe nur in denjenigen Fällen zur Anwendung zu bringen ist, wo die vorgeschriebenen Requisite vorhanden sind.

4) Straßenunterhaltungspflicht auf privatrechtlichem Titel beruhend. Im Prozesse einer Gemeinde sind Gemeindsgenossen nur dann als verdächtige Zeugen zu behandeln, wenn ein persönliches Interesse derselben am Ausgange des Streites nachgewiesen werden kann.

Einwohnergemeinde Walliswyl-Bipp gegen J. Fr. Flückiger.

(20. September 1872.)

Die Einwohnergemeinde Walliswyl-Bipp forderte vom Beklagten Anerkennung der Unterhaltungspflicht der Walliswyl-Bannwylstraße, soweit sie an seiner Steffsmatte vorbei und über den soz. Weiertäntsch untenher der Mühle zu Walliswyl führe, sowie der Beitragspflicht an die Unterhaltung eines Brückleins.

Zu Begründung dieses Begehrens berief sich die Klägerin auf folgende Thatsachen:

Auf der dem Beklagten angehörigen Steffenmatte und anderen an die Walliswyl-Bannwylstraße angrenzenden Matten hafte schon seit unvordenklicher Zeit die privatrechtliche Pflicht, diese Straße, soweit sie durch den Gemeindebezirk Walliswyl führe, zu unterhalten, und es sei diese Pflicht auch von den jeweiligen Eigenthümern erfüllt worden bis zum Jahr 1863, wo die Vorbesitzerin des Beklagten, sowie einige Andere angefangen hätten, sich störrisch zu zeigen. Schon im Jahr 1745

*) Nach diesem Motiv muß der Hausbuchbeweis noch durch andere Indizien unterstützt sein, damit auf Ergänzungseid erkennt werden kann. Dieß widerspricht aber unserem Gesetz § 276, wonach die ordentliche Buchführung des Beweisführers eine Vermuthung zu seinen Gunsten begründet, auf welche ihm der Ergänzungseid zuzuerkennen ist. Das obige Motiv b. beruht daher augenscheinlich auf einem Versehen.

sei zwischen Hans Hofer in Bannwyl als Besitzer einer an die Walliswyl-Bannwylstraße anstoßenden Matte und der Gemeinde Walliswyl ein Streit entstanden, welcher durch eine Erkenntniß des damaligen Landvogtes von Bipp vom 20. September 1745 entschieden worden sei wie folgt: „Sintemalen die Besitzer der Walliswylermatten schuldig und verbunden sind, die Straß ihren Matten nach in Ehren zu erhalten und er Kläger ein gleiches verrichten helfen muß, als solle hiermit ꝛc.“ Sodann sei unterm 8. Februar 1747 zwischen der Gemeinde Walliswyl einer- und den damaligen Besitzern von Matten, welche an die Walliswyl-Bannwylstraße grenzen, nämlich Chr. Leuthi und Hans Segesser, ein Vergleich zu Stande gekommen, welcher namentlich folgende Stipulationen enthalte: „Es verspricht Christoffel Leuti für sich und nachkommende Inhaber seiner dermalen hinter gedeutem Walliswyl besitzenden zehen Mädern Matten und auch der Hans Segeßer gleichfalls für sich und nachkommende Inhaber seiner dießmalen hinter bemeldtem Walliswyl besitzenden dreien Mädern Matten fürohin und zu allen Zeiten von und ab solchen dreizehn Mädern Matten per Maad jährlichen Sechs Kreuzer für Landkösten, Kriegskösten, Schloßholzfuhrungen, Büttlergelter und alle übrigen Beschwerden, was Namens sie immer haben mögen, nichts ausgenommen als Bodenzins und Zehnden obgedachter Ehrsamen Gemeind Walliswyl geflissentlich zu entrichten und zu bezahlen. Dagegen dann verheißt Eine Gemeind Walliswyl oder in deren Namen hienach bemeldte Ausgeschossene oberwähnten Christoffel Leuti und Hans Sägißer und nachkommende Besitzere obberührter dreizehn Mäderen Matten selbige allezeit ruhwig und unangefochten besitzen und benutzen zu lassen, sie mit keinen Beschwerden, was Namens sie immer haben mögen, zu keinen Zeiten zu beläſtigen und sich also mit obbemeldten sechs Kreutzern per Maad zu vernüegen u. s. w.“ Durch diesen Vergleich werde die Unterhaltungspflicht der Straße nicht berührt, vielmehr seien schon 1776 neue Streitigkeiten entstanden bezüglich derselben, welche durch Vergleich vom 11. August 1777 ihren Abschluß gefunden haben. In demselben werde der Vergleichbrief vom 8. Hornung 1747 in allen seinen Theilen bestätigt und dabei ausdrücklich erklärt: „Ist die Straß von Bannwyl nach Walliswyl keineswegs in dem Vergleich begriffen und soll niemals zu dem Vergleich gehören, sondern von denjenigen Besitzern, deren Besitzungen anstoßen, jeweilen in Ehren gehalten werden.“ Seither sei die Unterhaltungspflicht dieser Straße als eine auf den Grundstücken haftende Reallast angesehen worden, und dessenungeachtet hätten die Mattenbesitzer fortgefahren, ihre Bei-

träge an die allgemeinen Gemeindelasten durch Geld, Gemeindewerk u. s. w. nach den jeweilen bestehenden Uebungen und reglementarischen Vorschriften zu leisten. Ferner sei diese Pflicht in allen Erwerbstiteln den Erwerbern als solche angezeigt worden, und namentlich auch dem Erwerber der Steffsmatte, dem Beklagten, mit folgenden Worten: „Sei der Besitzer der sog. Stefsmatte in der Gemeinde Walliswyl verpflichtet, an der Unterhaltung der Bannwyl-Walliswylstraße das Beziehende beizutragen."

Ueberdieß aber liege den Mattenbesitzern und speziell den Beklagten noch die fernere Pflicht ob, ein Straßenstück bei der Walliswyl-Mühle, „Weiertäntsch" genannt, zu unterhalten. Es befinde sich nämlich dort ein Wasserteich, welcher von der Aufdämmung, über welche die Walliswyl-Bannwylstraße angelegt sei, in zwei Abtheilungen in der Weise geschieden worden sei, daß die eine nördlich und die andere südlich neben dem Damm, dem sog. „Weiertäntsch", liege, während der Teich früher ein Ganzes gebildet habe. Das Wasser aus diesen Teichabtheilungen diene ausschließlich zur Bewässerung der fraglichen Matten inklusive der Steffsmatte, und es werde ihnen das Wasser durch einen Wässergraben zugeführt. Ueber diesem befinde sich eine Brücke, welche seiner Zeit zur Benutzung der von Bannwyl nach Walliswyl und Wangen führenden Straße erstellt worden sei und gleichsam ein Stück derselben nach Maßgabe der obern Brückenfläche bilde. Von den Mattenbesitzern nun seien von jeher die beiden Teichabtheilungen als ihr Eigenthum behandelt worden, indem sie die Fische daraus bezogen und die erforderlichen Veränderungen auf eigene Rechnung ausgeführt hätten. Das Nämliche sei der Fall mit Bezug auf den Damm, dessen Grasraub sie jeweilen verpachtet oder sonst darüber verfügt haben. Teiche, Anlagen, Wässergräben und Brücke hätten daher von jeher immer nur den ausschließlichen Interessen der fraglichen Matten gedient und seien offenbar auch großentheils nur zu diesem Zwecke erstellt worden. Diesen Interessenten habe denn auch von jeher die Unterhaltungspflicht obgelegen nach Maßgabe ihres Mattenbesitzes, sei von ihnen anerkannt und erfüllt worden, bis in den letzten Jahren der Beklagte angefangen habe sich zu widersetzen.

In seiner Antwort gab Flückiger folgende Erklärung ab: Er sei bereit, entweder den eingeklagten Straßenunterhalt in gleichem Maße wie früher zu besorgen, oder aber von seiner Steffsmatte das Gemeindewerk nach dem Reglement zu leisten, dagegen bestreite er, beides schuldig zu sein. Daß die Unter-

haltung der Straße durch seine Vorbesitzer und Mithafte seit 1776 stattgefunden habe, bestreite er nicht, wohl aber die privatrechtliche Natur der Leistung. Mit Bezug auf die gegnerischerseits angeführten Urkunden bemerkte er, entweder sei der Vergleich vom 8. Hornung 1747 und die Vergleichserläuterung vom 7. und 11. August 1777 verbindlich, oder sie seien es nicht. Im ersteren Falle könne die Gemeinde Walliswyl verlangen, daß er, wie früher seine Vorbesitzer, die Walliswyl-Bannwylstraße verhältnißmäßig unterhalten helfe, allein neben dieser Straßenarbeit sei sie nicht befugt, weitere Leistungen an Fuhrungen und Gemeindwerk für Straßenarbeiten zu fordern. Im letzteren Falle aber könne die Gemeinde Walliswyl von ihm verlangen, daß er von seiner Matte, wie alle anderen Güterbesitzer, nach dem nun bestehenden Reglemente verhältnißmäßig an die Straßenlast der Gemeinde beitrage; dagegen könne sie nicht überdieß von ihm fordern, daß er außerdem noch die eingeklagte Leistung in Betreff der Walliswyl-Bannwylstraße erfülle. Mit Bezug auf einzelne als Zeugen angeführte Gemeindegenossen erhob schließlich Flückiger eine Verdächtigkeitseinrede.

In erster Linie schloß der Beklagte auf Abweisung und eventuell wenigstens insoweit als unter dem Straßenunterhalt auch Erweiterung der Straße und Wölbung derselben verstanden werde.

In ihrer Replik erklärte die Klägerin, sie könne sich mit der von dem Beklagten ausgesprochenen Bereitwilligkeit, entweder den eingeklagten Straßenunterhalt oder das Gemeindewerk von seiner Steffsmatte zu leisten, nicht begnügen, sondern sie müsse beides verlangen.

Die Streitsache gelangte mit Umgehung des Amtsgerichtes an den Appellations- und Kassationshof. Derselbe wies vorerst die erhobene Verdächtigkeitseinrede ab.

Motive:

Daß die fraglichen Zeugen allerdings Mitglieder der Einwohnergemeinde Walliswyl-Bipp sind;

daß jedoch das Interesse, welches sie deßwegen am Ausgange des Streites nehmen können, zu weit entfernt erscheint, um als verdächtige Zeugen im Sinne des § 222 P. angesehen zu werden;

daß übrigens die Zeugen Jakob Reinmann, Armenschaffner, und Samuel Reinmann, älter, als Besitzer von Matten, die an

die Walliswyl-Bannwylstraße stoßen, dieselbe mitunterhalten helfen und also eher am Ausgang des Streites zu Gunsten des Beklagten ein Interesse haben, als umgekehrt.

In der Hauptsache selbst wurde der Einwohnergemeinde Walliswyl-Bipp ihr Rechtsbegehren zugesprochen, auf den eventuellen Abweisungsschluß des Beklagten dagen nicht eingetreten.

Motive:

Daß der Unterhalt der Walliswyl-Bannwylstraße, soweit sie durch den Gemeindsbezirk Walliswyl-Bipp führt, als Straße vierter Klasse, nach § 18 des Gesetzes vom 21. Merz 1834 der Klägerin obliegt, wofern nicht nach zivilrechtlicher Bestimmung die Unterhaltungspflicht, respektive Mitunterhaltungspflicht auf Gütern u. s. w. oder im vorliegenden Fall auf dem Besitzer der Steffsmatte haftet;

daß dieser Beweis daher der Klägerin obliegt und von ihr auch übernommen wurde;

daß nach Aussage der abgehörten Zeugen die Straßenstücke C.–D. und A.—B. (siehe Plan im Prozeßdoppel der Klägerin) seit Menschengedenken bis wenigstens 1863 von den Anstößern, insbesondere von den Besitzern der Walliswyl-Matten (mit Inbegriff der Steffsmatte des Beklagten) unterhalten wurden, wogegen sich aus diesen Aussagen nicht mit Bestimmtheit ergibt, ob diese Besitzer bisher daneben auch das Gemeindewerk leisteten;

daß sich aus dem Vergleiche von 1745 wenigstens ergibt, daß die Besitzer von Walliswylmatten schon damals pflichtig waren, die Straße ihren Matten nach zu unterhalten;

daß aus dem Vergleiche von 1747 in Verbindung mit der Erläuterung von 1777 hervorgeht, daß zwar die genannten Mattenbesitzer (worunter der Vorbesitzer des Beklagten) sich von den öffentlichen Lasten der Gemeinde Walliswyl gegen das zu bezahlende jährliche Fixum von sechs Kreuzern per Maad losgekauft haben, dagegen die Unterhaltungspflicht der Walliswyl-Bannwylstraße nicht dazu gehörte, resp. nicht losgekauft wurde, sondern nach wie vor den Besitzern von Matten, welche an die Straße stoßen, obliegen sollte;

daß nach diesen Bestimmungen und dem Sinn dieser Vergleiche überhaupt die Unterhaltungspflicht der fraglichen Straße als eine besondere, auf privatrechtlichem Titel beruhende Verpflichtung der Besitzer von anstoßenden Matten angesehen wurde;

daß im Erwerbtitel des Beklagten Flückiger die auf seiner Steffsmatte haftende Pflicht, an der Unterhaltung der fraglichen Straße beizutragen, angezeigt ist;

daß kein Grund nachgewiesen wurde, aus welchem die Mattenbesitzer und speziell der Beklagte von ihrer Verpflichtung enthoben worden wären, insbesondere daraus, daß der Loskauf von der öffentlichen Steuerlast u. s. w. dermalen nicht mehr wirksam sein kann, nicht folgt, daß die privatrechtlichen Bestimmungen über die Unterhaltungspflicht der fraglichen Straße weggefallen seien, zumal nach § 18 des zitirten Gesetzes solche Bestimmungen vorbehalten sind und gültig bleiben;

daß, während die angeführten urkundlichen Bestimmungen sich zweifelsohne auf die Straßenstrecke C.—D. beziehen, dieß bezüglich des Weyertäntsches und Brückleins (Stück A.—B. des Planes) sich nicht mit gleicher Bestimmtheit daraus ergibt;

daß dagegen nach den Zeugenaussagen auch diese Straßenstrecke inklusive Teiche-Dämmung und Brücke bisher von den sämmtlichen Mattenbesitzern, welche wässerungsberechtigt sind, unterhalten wurde und die Mattenbesitzer an den Teichen und der Dämmung bisher das Eigenthumsrecht ausübten;

daß dieselben stets über das Wasser verfügten und sich dieses auch aus dem von ihnen abgeschlossenen Vergleich mit dem Mühlebesitzer ergibt;

daß die Anlage des Weyertäntsches und der Teiche, insoweit sie künstlich errichtet ist, im Interesse der Mattenbesitzer liegt und zum Zwecke der Bewässerung der Walliswylmatten erstellt wurde, welche ohne dieselbe gar nicht möglich wäre;

daß die über den Weyertäntsch führende Straße und das Brücklein mit dem Weyertäntsch ein Ganzes bilden;

daß nicht angenommen werden kann, daß die Mattenbesitzer die fraglichen Objekte, ohne privatrechtlich dazu verpflichtet zu sein, unterhalten hätten; diese Pflicht aus den mit derselben korrespondirenden Rechten der Mattenbesitzer folgt und durch die bisherige Uebung anerkannt ist; endlich auch der sub 8 oben angeführte Grund hier zutrifft;

daß auf die Frage, ob der Beklagte auch schuldig sei, zur Erweiterung und Wölbung der Straße beizutragen, nicht einzutreten ist, da das daherige Begehren des Flückiger lediglich einen eventuellen Abweisungsschluß enthält, daher nicht selbständig darüber zu urtheilen ist, übrigens nach dem Rechtsbegehren der Klage gehörige Unterhaltung der Straße verlangt wird, und die Bestimmung, was darunter zu verstehen ist, Sache der Administrativgesetze und -Behörden ist.

5) Klage auf Herausgabe eines Forderungstitels und Anerkennung der stattgefundenen Tilgung desselben durch Zahlungen an den Rechtsvorfahr des jetzigen Gläubigers.

Chr. Mühlematter gegen Elis. Mühlematter geb. Meinen.

(26. September 1872.)

Motive:

Daß Johannes Mühlematter laut Wiederlosungskaufbeile vom 20. April 1853 an Christian Mühlematter eine Kaufrestanz von Fr. 3500 zu fordern hatte;

daß sich der Verkäufer Johann Mühlematter das Recht vorbehalten hat, das dem Christian Mühlematter verkaufte Heimwesen während zehn Jahren, vom Tag des Kaufsabschlusses an gerechnet, zurückzulösen und unterdessen naturgemäß benutzen zu können, wogegen derselbe die Verpflichtung übernommen hat, von den Ueberbünden die Zinse zu entrichten und dasjenige, was der Käufer an der Kaufrestanz bereits bezahlt habe, oder was er noch bezahlen müsse, vom Tag der Bezahlung hinweg zu 4 % zu verzinsen, und sich dasjenige an der Kaufrestanz abrechnen zu lassen, was der Käufer von den dem Verkäufer obgelegenen Verbindlichkeiten „sei es zu dieser oder jener Zeit" bezahlen müsse;

daß Johannes Mühlematter die erwähnte Kaufrestanz von Fr. 3500 mittelst Weibergutsabtretung vom 6. und 23. Mai 1853 seiner Ehefrau, der heutigen Beklagten, Elisabeth geb. Meinen, abgetreten hat, auf welche Folgeweise die in Motiv 2 erwähnten Verpflichtungen übergegangen sind, so daß sie diejenigen Beträge von der Kaufrestanz abrechnen lassen muß, welche der Käufer am Platze des Verkäufers bezahlt hat;

daß, obwohl die zehnjährige Wiederlosungs- und Benutzungsfrist abgelaufen ist, ohne daß der Verkäufer, Johannes Mühlematter, von dem ihm zugestanden habenden Wiederlosungsrecht Gebrauch gemacht hat, derselbe fortgefahren hat, mit Zustimmung des Käufers die Kaufsgegenstände zu benutzen;

daß der Kläger, Christian Mühlematter, seine Rechtsbegehren auf die Behauptung gründet, er habe, in Erfüllung der dem Johannes Mühlematter obgelegenen Verpflichtungen, unter verschiedenen Malen Zahlungen in einem, den Betrag der Kaufrestanz von Fr. 3500 übersteigenden Gesammtbetrag geleistet, weßhalb er der Klägerin, als Cessionarin ihres Ehemannes, laut

der ihm vertragsgemäß zustehenden Abrechnungsbefugniß nichts mehr schuldig sei;

daß die Beklagte dem Kläger die Abrechnungsbefugniß einräumt für diejenigen Zahlungen, die er für Verbindlichkeiten geleistet hat, deren Erfüllung ihrem Ehemanne, Johannes Mühlematter, während der zehnjährigen Dauer des Wiederlosungsrechtes, d. h. zwischen dem 20. April 1853 und dem 20. April 1863, obgelegen ist, wogegen sie ihm die Abrechnungsbefugniß bestreitet hinsichtlich derjenigen Zahlungen, welche Verbindlichkeiten ihres Ehemannes betreffen, die erst seit dem 20. April 1863 entstanden sind;

daß sich jedoch die fragliche Abrechnungsbefugniß des Klägers auch auf die von ihm erfüllten Verbindlichkeiten des Johannes Mühlematter erstreckt, die erst nach Ablauf der Wiederlosungsfrist, d. h. nach dem 20. April 1863 entstanden sind, indem:

a. die betreffenden Bestimmungen des Wiederlosungskaufvertrages die Abrechnungsbefugniß des Klägers keineswegs auf die von ihm geleistete Erfüllung von Verbindlichkeiten des Johannes Mühlematter, die während der Wiederlosungsfrist entstanden sind, beschränken, da es darin heißt: „auf den Fall, daß der Käufer sei es zu dieser oder zu anderer Zeit" von den dem Verkäufer obgelegenen Verbindlichkeiten etwas bezahlen müsse, so solle alsdann das Betreffende von der Kaufrestanz abgerechnet werden;

b. abgesehen hievon, der Umstand, daß das dem Johannes Mühlematter im Wiederlosungskaufvertrag für die Dauer von zehn Jahren eingeräumte Benutzungsrecht von dem letztern mit Zustimmung des Klägers über diese Frist hinaus ausgeübt wurde, nothwendiger Weise die Folge haben muß, daß auch die dem Johannes Mühlematter als Gegenleistung für dieses Benutzungsrecht auferlegten Verpflichtungen sich auf die ganze Dauer der von diesem wirklich ausgeübten Benutzung erstrecken;

daß daher die Beklagte, Frau Mühlematter, verpflichtet ist, sämmtliche von Christian Mühlematter an der Stelle des Johann Mühlematter während seiner Benutzung der Kaufgegenstände gemachten Zahlungen an der Kaufrestanz abrechnen zu lassen;

daß aus den Aktenergebnissen mit Sicherheit hervorgeht, daß Christian Mühlematter, in Erfüllung der dem Johannes Mühlematter während der Dauer der von letzterem ausgeübten

Benutzung der Kaufgegenstände obgelegenen Verpflichtungen, Zahlungen geleistet hat, welche dem Betrag der Kaufrestanz von Fr. 3500 nicht nur gleich kommen, sondern denselben überschreiten;

daß dagegen der Beweis der von der Beklagten und Widerklägerin aufgestellten Behauptung, daß Johannes Mühlematter auf Rechnung der von Christian Mühlematter für ihn getilgten Verbindlichkeiten Rückvergütungen im Gesammtbetrage von Fr. 4297 gemacht, und daß Christian Mühlematter noch unlängst anerkannt habe, er schulde der Frau Mühlematter die volle Kaufrestanz von Fr. 3500, ganz mißlungen ist;

daß demnach Frau Mühlematter an dieser Kaufrestanz nichts mehr zu fordern hat.

6) Zugrecht. Hinterlegung der vom Käufer bereits geleisteten Zahlungen ist genügend, wenn Zahlung oder Anbietung deßwegen unthunlich ist, weil die Zugsberechtigung selbst bestritten ist.

Christian Gerber gegen Jakob Jaun.

(26. September 1872.)

Motive:

Daß der Beklagte, Jakob Jaun, welchem Johannes Feuz, Vater, auf der Schmiedsegg zu Buchen, mittelst Kaufvertrages vom 28. April 1871 verschiedene Liegenschaften verkauft hat, in Beziehung auf welche der Kläger, Christian Gerber, als Ehemann der Anna geb. Feuz, Tochter des Verkäufers, das Zugrecht geltend machen will, einräumt, daß der Kläger, resp. dessen Ehefrau, die hiezu erforderlichen Eigenschaften habe, und daß er ihm den Zug rechtzeitig angekündigt habe;

daß Beklagter dagegen das Zugrecht des Klägers aus dem Grund bestreitet, daß derselbe binnen der Nothfrist von drei Monaten, die ihm Behufs der Geltendmachung des Zugrechts nach Art. 830 C. obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt habe, indem ihm der Kläger die Beträge, welche er, Beklagter, im Zeitpunkt der Zugsankündigung in Hinsicht auf den fraglichen Kaufvertrag bezahlt gehabt habe, binnen der dreimonatlichen Nothfrist, weder, wie es das Gesetz (Satz. 830 C.) verlange, zurückerstattet, noch angeboten habe; der Umstand aber, daß der Beklagte die bei der Verhandlung vom 2. Oktober 1871 vom

Richter zur Sicherheitsleistung bestimmte Summe von Fr. 1300 binnen der dreimonatlichen Nothfrist bei letzterm hinterlegt habe, nicht genüge, da nach der ausdrücklichen Vorschrift der Satz. 830 C. der Züger die vom Käufer am Kaufpreise geleisteten Zahlungen nicht beim Richter hinterlegen, sondern dem Käufer zurückerstatten müsse;

daß jedoch in den Fällen, wo, wie im vorliegenden, der Beklagte die Geltendmachung des Zugrechtes schon von vorneherein nicht anerkennt, gewichtige Bedenken dagegen sprechen, den Züger zu nöthigen, dem das Zugrecht bestreitenden Käufer die von ihm am Kaufpreis bezahlten Beträge wirklich zurückzuerstätten, indem der Züger dadurch der Gefahr ausgesetzt würde, im Fall, daß das erfolgende gerichtliche Urtheil seinen Zugsanspruch unbegründet erklären würde, die dem allfällig zahlungsunfähigen Käufer zurückerstatteten Beträge von diesem nicht mehr zurückzuerhalten, während der Käufer durch die Hinterlegung dieser Beträge, die er vom Augenblicke an, wo das Zugrecht, sei es vom Käufer freiwillig oder durch gerichtliches Urtheil anerkannt wird, beziehen kann, genügende Befriedigung finden dürfte;

daß es indessen nicht erforderlich ist, sich in dem vorliegenden Rechtsstreit definitiv über diese Frage auszusprechen, da auch, abgesehen von derselben, bei der vorhandenen Sachlage der Kläger, Gerber, durch Hinterlegung der vom Richter bestimmten Summe von Fr. 1300 seiner Verpflichtung genügt hat, indem:

a. der Kläger dem Beklagten mittelst Akt vom 28. September 1871 ausdrücklich zu dem Zwecke auf den 2. Oktober 1871 vor den Richter geladen hat, um durch diesen die Summe bestimmen zu lassen, für welche er, Kläger, dem Beklagten in Betreff der dem erstern hinsichtlich des angekündigten Zuges obliegenden Leistungen durch Hinterlage oder auf andere dem Gesetze entsprechende Weise Sicherheit zu leisten habe;
b. der Beklagte beim Termine vom 2. Oktober, an welchem der Kläger das angekündigte Begehren stellte, keine ausdrücklichen Einwendungen dagegen erhoben hat;
c. der Richter denn auch wirklich erkannte, daß die Summe, für welche der gegenwärtige Kläger gegenüber dem Jaun infolge seiner Zugsankündigung Sicherheit zu leisten habe, auf Fr. 1300 bestimmt sei, welche Verfügung unangefochten geblieben ist;
d. überdieß die Beträge, welche der Beklagte an dem Kaufpreis abbezahlt hatte, nicht genau ermittelt waren.

7) Einspruchsrecht der Gemeinde des Bräutigams wegen Besteurung der Braut.

Armen- und Spendkommission Rüderswyl gegen die Brautleute Christian Lüthi und Elisabeth Wüthrich.

(23. Juni 1859.)

Wir haben auf p. 243 der letzten Nummer ein obergerichtliches Urtheil mitgetheilt, wodurch ein solches Einspruchsrecht anerkannt worden ist. In einer Anmerkung haben wir uns gegen diesen Grundsatz ausgesprochen und theilen nun heute noch einen Entscheid des Appellations- und Kassationshofes vom 23. Juni 1859 mit, welcher in seinen Motiven diejenige Ansicht zur Geltung bringt, welche auch wir als die richtige anerkannt haben. Der Thatbestand ergibt sich aus folgenden

Motiven:

1) Daß der Bräutigam Lüthi die ihm seiner Zeit von der Gemeinde Rüderswyl verabreichten Steuerbeträge laut vorgelegten Quittungen zurückerstattet hat;

2. daß zwar das außereheliche Kind der Braut Elisabeth Wüthrich, Wilhelmine Karoline Wüthrich, im Wintermonat 1857 auf den Notharmenetat von Rüderswyl gesetzt worden und noch gegenwärtig auf demselben steht, daß aber dieser Umstand den von der Armenbehörde gemachten Eheeinspruch deßhalb nicht rechtfertigen kann, weil

a. nicht nachgewiesen worden und die Einsprecherin auch nicht einmal behaupten durfte, daß ihrer Seits irgend welcher Unterstützungsbeitrag an die Verpflegung dieses Kindes bis dahin geleistet worden sei, die Mutter desselben aber für ihre Person nicht auf dem Notharmenetat steht und von der Gemeinde Rüderswyl auch keine Armenunterstützung genossen hat;

b. mithin die Vorschrift der Ziff. 1, § 1 des Dekrets vom 17. Juli 1858, wonach ein Einspruchsrecht besteht gegenüber Personen, die sich auf dem Etat der Notharmen oder der Dürftigen befinden oder überhaupt Armenunterstützung genießen, auf die Braut Elisabeth Wüthrich keine Anwendung findet, und

c. wenn auch die Eltern bezüglich der Rückerstattungspflicht für ihre Kinder einzustehen haben (§ 11 des Gesetzes über das Armenwesen vom 1. Juli 1857), hingegen keine gesetzliche Bestimmung dahin geht, daß sie auch dann zu



haften hätten, wenn die Kinder in Wirklichkeit noch keine Unterstützung genossen haben, vielmehr — wie hier — die Verpflegung derselben ohne einigen Beitrag Seitens der Armenbehörde den Eltern überlassen wird;

3) daß endlich die Braut Elisabeth Wüthrich zwar von ihrer Heimatgemeinde Langnau besteuert worden ist und die erhaltenen Steuern noch nicht zurückerstattet hat, daß aber der in Frage stehende Eheeinspruch nicht von dieser Gemeinde erhoben worden ist, und der Natur der Sache nur diejenigen Armenbehörden aus Grund der Besteuerung als einspruchsberechtigt zu betrachten sind, welche die fraglichen Steuern wirklich verabreicht haben;

4) daß mithin die Armenbehörde von Rüderswyl, als der Gemeinde des Wohnsitzes der Brautleute, zur Geltendmachung dieses Einspruchgrundes nicht legitimirt ist.

8) Rechtsversicherung.

Meyer gegen A. M. Hürner.

(28. September 1872.)

Gestützt auf einen Theilungsauszug forderte Meyer als Cessionar der Jungfer Karoline Hürner von Frau Wittwe Anna Maria Hürner geb. Aebersold einen fälligen Betrag von Fr. 1433. 26. Die Schuldnerin bestritt dem Gläubiger das Recht, vor Ablauf von fünf Jahren die Schuldsumme ganz oder theilweise aufzukündigen und schlug daher gegen eine erfolgte Zahlungsaufforderung das Recht dar. Meyer lud nunmehr die Wittwe Hürner vor das Richteramt Thun zu Beurtheilung des Rechtsversicherungsbegehrens; sie bestritt dasselbe, sowie die dermalige Zahlfälligkeit der Schuld, gestützt auf folgende schriftliche Erklärung, welche die ursprüngliche Gläubigerin vor der Cession ausgestellt hatte: „Jungfer Karoline Hürner, Rudolf Gottliebs sel. Tochter von und zu Thun, erklärt, daß diejenigen Fr. 5595. 95, welche sie infolge Theilungsauszuges vom 30. Jenner 1871 (Thun, Grundbuch Nr. 33, S. 140) an ihrer Stiefmutter, Frau Maria Hürner geb. Aebersold, Gottlieb Rudolf Hürners sel. Wittwe von und zu Thun, zu fordern hat, auf die Dauer von fünf Jahren von heute an nicht gekündet und eingefordert werden sollen. Nach Ablauf dieser fünf Jahre oder auch vorher, wenn Frau Hürner das dafür haftende Haus in der Gerbernlaube veräußern sollte, wäre genannte

Summe nach der ursprünglichen Stipulation künd- und zahlbar gestellt." Von Seiten des Meyer wurde die Echtheit dieser Urkunde nicht bestritten, wohl aber deren Verbindlichkeit, da sie nicht im Theilungsinstrument angemerkt sei. Das Rechtsversicherungsbegehren wurde zugesprochen unter Annahme folgender

Motive:

Daß die Beklagte lediglich gestützt auf die Erklärung der Karoline Hürner vom 27. Februar 1871 die Zahlfälligkeit der fragliche Forderung bestreitet, und die Frage, ob diese weder im Forderungstitel noch im Grundbuche eingetragene Erklärung für den Besitzer des Forderungstitels, Christian Meyer, verbindlich sei oder nicht, dem Hauptprozeß angehört und die eigentliche Streitfrage desselben bildet;

daß hinsichtlich dieser Einwendung der Beklagten kein vollständiger und liquider Beweis vorliegt.

Anmerkung. Nach § 51 P. kann sich der Beklagte, welcher einer Schuldbetreibung nicht ihren ungehinderten Lauf lassen will, die sich auf eine rechtsförmige Schuldschrift stützt, der Rechtsversicherung unter der Bedingung entziehen, daß er durch Urkunden oder Eideszuschiebung den vollständigen Beweis erbringt, daß die Urkunde nicht gültig oder die Schuld nicht zahlfällig sei oder daß sie nicht mehr bestehe.

Kann er diesen Beweis durch die angegebenen Beweismittel vollständig erbringen, so befreit er sich nicht nur von der Einlassung, sondern es wird in diesem Incidenzverfahren auch die Hauptsache selbst zu seinen Gunsten entschieden. Beruft sich daher der Beklagte auf Zahlung, so hat das Gericht zu untersuchen, ob aus der vorgelegten Urkunde die Zahlung sich wirklich ergebe; ist dieß der Fall, so ist das Rechtsversicherungsbegehren abzuweisen, im entgegengesetzten Falle aber zuzusprechen. Im vorliegenden Falle war die Zahlfälligkeit der Schuld in Frage und als einziges Beweismittel eine Urkunde angerufen, deren Echtheit nicht bestritten war und deren Beweiskraft daher einzig von ihrer Rechtsförmigkeit und ihrer Verbindlichkeit abhing. Die erstere war nicht bestritten und gegen die letztere nur angeführt, die fragliche Erklärung sei weder im Forderungstitel noch im Grundbuch eingetragen. Der Gerichtshof hatte somit nur zu untersuchen, ob eine vom Cedenten ertheilte Stündigung für dessen Cessionar unbedingt oder nur dann verbindlich sei, wenn

die Eintragung in den Forderungstitel und im Grundbuche stattgefunden habe. Dieß war eine bloße Rechtsfrage, die ohne Beibringung von weiterem faktischem Material beurtheilt werden konnte, und es lag daher kein Grund vor, die sofortige Beurtheilung abzulehnen und dem Hauptprozesse zuzuweisen. In diesem letzteren wird die Frage vollkommen gleich gestellt und zu ihrer Beurtheilung das nämliche Beweismaterial vorgelegt werden. Weßhalb daher die Parteien veranlassen, einen Hauptprozeß anzuheben, um alsdann nach vielem Aufwand von Zeit und Kosten die Frage genau in der nämlichen Lage zu finden, wie in dem Rechtsversicherungsstreite? K.

Entscheide des Appellations- und Cassationshofes in Justizsachen.

1) Beschwerde wegen Rechtsverzögerung.

(13. Jenner 1872.)

Die Volksbank erhob am 18. September 1871 beim Richteramt...... das Begehren um Wechselexekution gegen J. Reuteler zu Saanen unter Einlegung des Wechsels und der sonstigen zur Begründung dieses Anspruchs dienenden Urkunden.

Obwohl § 97 W.-O. auf ein solches Begehren hin die sofortige amtliche Aufforderung dem Richter gebietet, behielt der Gerichtspräsident dennoch die Akten sechs Wochen hinter sich und erließ erst am 10. November, auf Notifikation der Beschwerde hin, die vorgeschriebene Aufforderung.

Auf Grund dieser Rechtsverzögerung verlangte die Volksbank Schadens- und Kostenersatz von dem säumigen Richter. Dieser widersetzte sich den gestellten Anträgen nicht, sondern suchte nur die Unterlassung der Aufforderung mit Abwesenheit des Wechselschuldners und seiner Frau zu entschuldigen. Da „kein böser Wille und keine eigentliche Nachlässigkeit“ vorliege, hoffte er, werde ihm keine Disziplinarstrafe auferlegt.

Der Appellations- und Kassationshof sprach der Beschwerdeführerin ihre Begehren zu und ertheilte dem fehlbaren Gerichtspräsidenten wegen Nachlässigkeit in Erfüllung seiner Amtspflichten eine Rüge.

2) Beschwerde, wegen Weigerung des Richters, auf Verlangen einer Partei von seinem Fragerechte Gebrauch zu machen, abgewiesen.

(13. Jenner 1872.)

Motive:

Daß zwar der Richter, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen er das Fragerecht des Art. 159 P. ausüben kann, vorhanden sind, und ein daheriges Verlangen Seitens einer Partei gestellt wird, diesem Begehren entsprechen soll, widrigenfalls die verletzte Partei zur Beschwerdeführung berechtigt wäre;

daß aber die Burgergemeinde Wynau sich deutlich genug ausgesprochen hat.

3) Ehebruch als zerstörliches Ehehinderniß.

(27. Jenner 1872.)

Durch Urtheil vom 7. Juli 1870 trennte das Amtsgericht Konolfingen die Ehe des Johann Scheidegger und der Elisabeth geb....... wegen eingestandenen Ehebruches des Ehemannes. Den 2. Jenner 1871 zeigte nun Scheidegger beim Pfarramt die Schwangerschaft seiner Magd E. Ebersold an und bekannte sich als Urheber, worauf am 14. Februar 1871, also ungefähr 7 Monate nach dem Scheidungsurtheile, die Entbindung erfolgte. Als nun im Juli gleichen Jahres Scheidegger sich mit der Ebersold verkünden ließ, erfolgte von Seiten der Staatsanwaltschaft Einspruch gegen diese Verbindung wegen Vorhandenseins eines zerstörlichen Ehehindernisses. Die Brautleute leugneten den Umgang während der Dauer der geschiedenen Ehe, allein, gestützt auf den handgreiflich vorliegenden Beweis, nahm das Amtsgericht Konolfingen an, das angeführte zerstörliche Ehehinderniß sei vorhanden und der Einspruch daher begründet. In revisionsweiser Behandlung des Geschäftes aber änderte der Appellations- und Kassationshof dieses Urtheil ab, weil sowohl Scheidegger als die Ebersold in ihrer Abhörung jeden Umgang mit einander vor Fällung des Scheidungsurtheils in Abrede stellen und durch das Scheidungsurtheil nicht konstatirt sei, daß Scheidegger sich des Ehebruchs mit der Ebersold schuldig gemacht habe.

Anmerkung. Da gegenwärtig wegen zerstörlicher Ehehindernisse kein Dispens möglich ist, so läßt sich eine Praxis

erklären, welche sich sonst kaum mit dem Gesetz vereinigen lassen würde. Unter dem alten Regiment waren dagegen solche Dispensationen nicht unschwer zu erhalten und wir zitiren zum Beweis hiefür folgende Fälle aus den Protokollen:

Barbara Haabegger, die nach zehenjähriger Verlassung vor der Scheidigung die Ehe gebrochen, kann sich mit ihrem Mitschuldigen heyrathen. 11. Mai 1767.

Dem Louis Pache und der Jeanne Louise Vittoz, die vor der Scheidigung mit ihrem ersten Mann zusammen ein Kind erzeuget und darauf nach erfolgter Scheidigung zu Genf auf richterlichen Befehl mit einander eingesegnet worden, worauf dann das Ober Chorgericht diese Ehe allhier wieder aufgehoben, den Parteyen die gesetzliche doppelte Ehebruchsstrafe aufgelegt und dem Pache das Kind als unehelich zugesprochen, haben MeGH. und Obern dahin Gnade ertheilt, daß das oberchorgerichtliche Urtheil aufgehoben, die zu Genf bezogene Ehe gültig und das vorhandene Kind als ehelich erklärt worden ist. 1. Mai 1780.

Dem Jakob Hotz von Mariakirch und der Mary Bournens wird die Heyrat gestattet, ungeachtet eines mit einander begangenen Ehebruchs, ehe die Bournens von ihrem ersten Mann die Scheidigung erhalten. 22. Mai 1780.

Dem Hans Kräyenbühl wird bewilligt, die Elisabeth Vögeli zu ehelichen, ungeacht sie vor der Scheidigung mit dem ersten Ehemann ein Kind mit einander erzeugt haben. 5. Sept. 1781.

1) Beschwerde wegen Verweigerung einer Vorladungsbewilligung.

(17. Februar 1872.)

Dem Weibel, welcher, gestützt auf einen Vollziehungsbefehl, die Pfändung ankündigte, verzeigte der Schuldner v. Grüningen in Saanen Liegenschaften in Saanen. Auf Weisung des Gläubigers pfändete jedoch der Weibel nicht diese, sondern im Amtsbezirk Obersimmenthal gelegene Grundstücke. v. Grüningen wollte nun zur Kassation des Vollziehungsverfahrens vorladen, der Richter von Obersimmenthal aber verweigerte die Bewilligung der daherigen Vorladung, weil es Sache des Gläubigers und des Weibels sei, die Zulänglichkeit der Pfänder zu beurtheilen. Gegen diese Verfügung führte v. Grüningen wegen Verweigerung einer gesetzlichen Rechtshülfe Beschwerde, welche vom Appellations- und Kassationshof auch zugesprochen wurde.

Motive:

....9) daß die Beschwerde sich im Wesentlichen auf die Behauptung stützt, die nachträgliche zweite Pfändung sei unter den angegebenen Verhältnissen eine ungesetzliche;

10) daß der Beschwerdeführer nach §§ 476, 405 und 407 befugt ist, diese Frage dem richterlichen Entscheide zu unterwerfen und zu diesem Ende eine Ladung an den Gläubiger zu veranlassen;

11) daß nach Mitgabe dieser Gesetzesvorschriften und § 77 P. der Gerichtspräsident von Obersimmenthal verpflichtet war, die nachgesuchte Ladungsbewilligung zu ertheilen, unvorgreiflich seines spätern Urtheils über das angekündigte Rechtsbegehren.

5) Betreibung während der Untersuchungshaft des Schuldners, Art. 422 B.-B.

(2. Merz 1872.)

Rudolf Faulmann, einziger Inhaber der Firma Sachse und Comp. in Bern, beschwerte sich bei dem Appellations- und Kassationshof gegen den Gerichtspräsidenten von Bern, weil während der Dauer seiner Untersuchungshaft mehrere Betreibungsvorkehren bewilligt worden seien. Der Appellations- und Kassationshof wies die Beschwerde ab, „weil die in der Beschwerdeschrift genannten Betreibungen gegen die Firma Sachse und Comp. erlassen worden seien, ohne daß die Gläubiger und der Richter wissen konnten, daß der Beschwerdeführer Faulmann der Inhaber derselben sei." Dagegen lud er den Gerichtspräsidenten von Bern ein, so lange sich Faulmann in Untersuchungshaft befinde, keine Betreibungsvorkehren gegen denselben zu bewilligen.

6) Beschwerde wegen ungesetzlicher Pfändung.

(27. Merz 1872.)

Mittelst Zahlungsaufforderung vom 21. November 1871 hob Andreas Heß für Fr. 2368. 65 Betreibung an gegen Marg. Mösch und bezeichnete als Unterpfand das Haus Nr. 118 an der Metzgergasse, grün Quartier, in der Stadt Bern, das Bräterhaus mit Speisewirthschaft, Grundsteuerschatzung Fr. 19,500. Da die Schuldnerin keinen Widerspruch erhob, so wurde der

Vollziehungsbefehl bewilligt und bei der Pfändungsankündigung verlangte der Weibel Bezahlung oder Verzeigung von Beweglichkeiten als Pfand. Da in der Zahlungsaufforderung das Unterpfand in Anspruch genommen worden war, so verweigerte Marg. Mösch die Verzeigung anderer Pfänder, was den Unterweibel nicht hinderte, Beweglichkeiten im Schatzungswerthe von Fr. 4398 zu pfänden.

Gegen diese Pfändung führte die Schuldnerin Beschwerde und schloß in ihrer Eingabe auf Ungültigerklärung und Verurtheilung des Weibels zu Schadensersatz und Kosten. In seiner Antwort machte der Gläubiger geltend, es sei ihm frei gestanden, entweder sein Recht auf das Unterpfand geltend zu machen oder Beweglichkeiten zu pfänden, und durch die Beschreibung des Grundpfandes in der Zahlungsaufforderung habe er auf die Mobiliarpfändung nicht Verzicht geleistet. Die Beschwerde wurde vom Gerichtspräsidenten und vom Appellations- und Kassationshof zugesprochen.

Motive:

Daß in der Zahlungsaufforderung, durch welche Andreas Heß die Schuldbetreibung gegen Marg. Mösch anhob, als Objekt der Exekution das für die Forderung haftende Grundpfand angeführt und bezeichnet war;

daß hierdurch der Gläubiger die Absicht zu erkennen gegeben hat, dieses Grundpfand in Anspruch zu nehmen und aus demselben sich bezahlt zu machen (§ 428 V.-V.), so daß die Schuldnerin zu der Annahme berechtigt war, es werden ihr die längern Fristen der Exekution auf Liegenschaften zu statten kommen;

daß Heß nicht berechtigt war, nach Ankündigung des Vollziehungsbefehls von der eingeschlagenen Exekutionsart auf die andere überzugehen, indem die beiden Arten der Exekution „auf bereits vorhandene Pfänder" und die gewöhnliche Vollziehung im Gesetze von Anfang an grundsätzlich unterschieden werden (§§ 428 Ziff. 4, 446, 455 V.-V.);

daß hiemit das Wahlrecht des Gläubigers zwischen beiden Exekutionsarten (S. 488 C.) keineswegs aufgehoben ist und mit den durch das Gesetz über das Vollziehungsverfahren aufgestellten Formvorschriften nicht im Widerspruche steht.

7) Eine Beschwerde wird zugesprochen, wenn der Richter sich weigert, einen Zeugen vorzuladen, weil dessen Adresse nicht genau angegeben werden konnte.

(27. Merz 1872.)

Motive:

Daß Herr Pflick beim Termin vom 22. Jenner 1872 zu den ihm zum Beweise aufgegebenen Thatsachen unter andern Beweismitteln auch als Zeuge angerufen hat Rudolf Fuchs, Arbeiter, nun in Neuenburg, wohin er von hier heute verreisen werde;

daß in dieser Bezeichnung ausgedrückt ist, daß genannter Zeuge Fuchs forthin in Neuenburg wohnen oder sich aufhalten werde, also Aussicht vorhanden war, daß eine amtliche Zeugenladung dort an ihn gelangen werde, und ein Versuch hätte gemacht werden sollen;

daß jedenfalls die Verfügung des Richters, es sei von der Abhörung dieses Zeugen Umgang zu nehmen, nachdem Pflick am Termin vom 12. Februar 1872 verlangt hatte, daß der Zeuge Fuchs an seinem Wohnorte Neuenburg abgehört werde, nicht gerechtfertigt erscheint;

daß nämlich das Gesetz auch bei summarisch zu verhandelnden Kompetenzsachen nicht vorschreibt, daß ein Beweismittel resp. ein Zeuge wegen ungenügender Bezeichnung verloren sei, bevor amtlich durch Verrichtungszeugnisse u. s. w. konstatirt ist, daß die Bezeichnung wirklich eine ungenügende sei, und bevor dem Beweisführer Gelegenheit geworden, seine Angaben zu vervollständigen;

daß wenn Pflick einen Termin unnütz gemacht hätte, allenfalls eine Tagkostenfrage daraus hätte entstehen können, die aber von Bergmann nicht aufgeworfen worden ist;

daß endlich Bergmann dem Begehren des Pflick um Anordnung der Abhörung des Zeugen Fuchs sich nicht widersetzt hat, ebensowenig als dem Rechtsbegehren der gegenwärtigen Beschwerde.

Gestützt auf diese Motive wurde der Richter eingeladen, die Einvernahme des Zeugen Fuchs in Neuenburg anzuordnen; die Kosten wurden dem Fiskus auferlegt.

8) Die Bestimmung des Friedensrichtergesetzes, wonach Schimpf-, Stich- und Verachtungsreden von Amtes wegen aufgehoben werden können, ist noch in Kraft.

Ott gegen Meier.

(27. Merz 1872.)

In einer Injurienklage lud Herr Meier den Bauunternehmer Ott vor den Friedensrichter von Biel zur Verhandlung über das Rechtsbegehren: er sei schuldig, ihm wegen Injurien Satisfaktion zu geben. Ott erhob eine Gerichtsstandseinrede, und als dieselbe abgewiesen wurde, führte er Beschwerde und verlangte eventuell Ueberweisung der Streitsache an das Obergericht, damit aus Gründen der öffentlichen Ordnung das friedensrichterliche Urtheil kassirt werde. In seiner Begründung machte er namentlich geltend, daß nach der jetzigen Gesetzgebung eine Civilklage in Injuriensachen nur noch denkbar sei, wenn der Verletzte Schadensersatz verlange, jede andere Klage aber gehöre nicht vor das Forum des Civilrichters. Meier gab zu, daß der Richter keine Strafen aussprechen könne, dagegen könne er die gefallenen ehrverletzenden Ausdrücke aufheben und dem Kläger darüber ein Zeugniß ausstellen; ein Mehreres verlange er nicht.

Der Appellations- und Kassationshof wies die Beschwerde ab.

Motive:

Daß die Beschwerde und Nichtigkeitsklage des Herrn Ott wesentlich auf der Behauptung beruht, daß bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung auch für geringere Ehrverletzungen, sog. Schimpf-, Stich- und Verachtungsreden, die Civilgerichtsbarkeit abgeschafft und nur der Strafrichter zu deren Erledigung und Beurtheilung kompetent sei;

daß zur Geltendmachung dieser Behauptung und Rechtsansicht, gegenüber dem Erkenntniß des Friedensrichters von Biel vom 13. Dezember 1871, in formeller Hinsicht nicht sowohl die Beschwerde als vielmehr die Nichtigkeitsklage nach Art. 4 des Gesetzes vom 11. Dezember 1852 betreffend Vereinfachung des gerichtlichen Verfahrens u. s. w. das geeignete Rechtsmittel ist;

daß nach diesem Gesetz dem Appellations- und Kassationshof die Befugniß zukommt, zu entscheiden, ob der Gegenstand eines gerichtlichen Urtheils oder Verfahrens seiner Natur nach der zivilrichterlichen Erörterung unterliege oder nicht;

daß also über diese gleiche Frage nicht auch noch das Obergericht zur Entscheidung berufen sein kann, da diese Behörde nur über Kompetenzkonflikte anderer Art im Sinne des Gesetzes vom 20. Merz 1854 über öffentliche Leistungen zu urtheilen hat;

daß nun betreffend den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund allerdings das zivilgerichtliche Verfahren, wie es durch die Gerichtssatzung für eigentliche Ehrverletzungen und bloße Schimpf-, Stich- und Verachtungsreden geregelt war, durch das Gesetz betreffend Einführung des neuen Strafgesetzbuches aufgehoben worden ist;

daß aber durch dieses Gesetz weder ausdrücklich noch auf andere Weise der § 14 Ziff. 2 des Gesetzes über die Friedensrichter vom 6. Merz 1841 aufgehoben worden ist, insoweit darin dem Friedensrichter die Befugniß ertheilt ist, in Fällen von bloßen Schimpf-, Stich- und Verachtungsreden die Beleidigung von Amteswegen aufzuheben u. s. w.;

daß bereits in dieser Vorschrift neben der friedensrichterlichen und zivilrechtlichen Erledigung für einzelne Fälle eine Ueberweisung an den Strafrichter vorgesehen und gestattet ist, und um so weniger aus bloß allgemeinen Bestimmungen der Promulgationsdekrete zum Strafgesetz und Strafprozeßgesetz auch eine Aufhebung jener speziellen zivilrechtlichen Bestimmungen abgeleitet werden kann;

daß auch in der neuen offiziellen Gesetzessammlung, also nach Erlassung des Gesetzes über das Strafverfahren, in einer Anmerkung zum angeführten Gesetz über die Friedensrichter vom 6. Merz 1841 die Bestimmungen über die Schimpf-, Stich- und Verachtungsreden als noch geltend bezeichnet worden sind;

daß in der That der Gesetzgeber Gründe haben konnte, für bloße Anzüglichkeiten und geringere Beschimpfungen, die der Kläger beim Strafrichter nicht anhängig machen will, ein besonderes, wenig kostspieliges und im Lande bekanntes friedensrichterliches beizubehalten, das in genügender Weise und rasch zum Ziele führt, ähnlich wie er dieses z. B. in § 65 P. gethan hat.

Bundesräthliche Entscheide betreffend Gerichtsstand.

1) Domizil und Gerichtsstand einer Gesellschaft.

Ulderico a Marca gegen Bonzanigo.

(20. Januar 1873.)

Im Januar 1844 bildete sich unter der Firma Antonio de Sacco & Cie. eine Kommanditengesellschaft zur Ausbeutung von Wäldern auf der Insel Korsika, wobei sich neben einer Anzahl von Misoxern auch einige Tessiner und Italiener betheiligten. Am 17. Oktober 1846 trat noch Herr Advokat Carlo Poglia von Olivone als Gesellschafter in dieses Geschäft ein, indem er an diesem Tage mit den Herren A. de Sacco, A. Pognola und Rocco Bonzanigo in Ajaccio einen Vertrag abschloß, worin die Contrahenten sich vereinigten, das Holzgeschäft in Korsika in Gemeinschaft zu betreiben und Herr Poglia die Leitung der Gesellschaft gegen gewisse Prozente aus dem Ertrag übernahm. In einer zweiten Uebereinkunft, d. d. 6. Mai 1847, verzichtete jedoch Poglia auf alle aus dem erwähnten Vertrage von 1846 ihm erwachsenen Vortheile, wogegen ihm die Bezahlung einer Aversalsumme von Fr. 15,000, sowie von 2 % der Einnahmen aus den Holzverkäufen zugesichert wurde. Ferner wurde in dieser Urkunde festgesetzt, daß die von Poglia an das Unternehmen verwendeten Baarvorschüsse ihm zurückbezahlt werden müssen, und daß ihm für den zur Uebergabe der Verwaltung nöthigen Zeitaufwand eine Entschädigung zu leisten sei. Diese zweite Urkunde wurde von den Herren Giuf. Rossi und Molo, und zwar von dem letztern im Auftrage des Direktoriums der Gesellschaft de Sacco & Cie unterzeichnet und von einer Anzahl Theilnehmer der Gesellschaft ratifizirt.

Durch Urtheil des Gerichtes von Ajaccio vom 10. Mai 1852 wurde der Konkurs über die Firma eröffnet, in Folge wessen die Gesellschaft sich auflöste. Gestützt auf den oben erwähnten Vertrag behauptete nun Herr Poglia, eine Forderung von Fr. 118,504 an die ehemaligen Gesellschaft de Sacco & Cie zu besitzen und belangte hiefür Herrn Rocco Bonzanigo in Bellinzona und stellte das Rechtsbegehren: daß „die ehemalige Gesellschaft de Sacco & Cie und für diese Herr Rocco Bonzanigo als solidarisch haftbarer Theilnehmer derselben" zu verurtheilen sei, ihm oben erwähnte Summe zu bezahlen. Bei der Verhandlung vom 4. Februar 1871 erhob Herr Bonzanigo die

Einwendung, daß er nicht für die Schulden der Gesellschaft de Sacco hafte, und stellte den Antrag, es seien die sämmtlichen Theilnehmer die Gesellschaft von Amteswegen in's Recht zu rufen. Das Gericht entsprach diesem Begehren und verfügte die Vorladung der Theilnehmer auf die nächste Gerichtssitzung. In Folge dessen wurden nun die sämmtlichen im Misoxerthale wohnhaften Betheiligten an der fraglichen Gesellschaft vor das Gericht nach Bellinzona zitirt. Mehrere derselben erhoben mit schriftlicher Eingabe vom 3. Merz 1871 Protest gegen die Adzitation, einige Andere erschienen zwar allein unter Vorbehalt des Rechtes, eine foridekllinatorische Einrede anzubringen. Im Termine vom 9. November 1871 erhoben sie sodann eine förmliche Kompetenzeinrede, da gestützt auf Art. 50 der Bundesverfassung nur das Gericht von Misox für die Behandlung von Ansprüchen gegen sie kompetent sei. Das Gericht wies diese Einrede durch Urtheil vom 12. Juni 1872 ab, worauf die Exzipienten den Rekurs an die Bundesbehörden erklärten.

Der Bundesrath wies denselben durch Beschluß vom 20. Januar 1873 als unbegründet ab:

In Erwägung:

1) Was vorerst die Frage betrifft, ob die Rekurrenten dadurch, daß sie an mehreren Verhandlungen über die Vorfrage des Gerichtsstandes Theil genommen, sich dem Forum des Kantons Tessin unterworfen haben, so ist dieselbe zu verneinen. Es kann allerdings ein an sich inkompetentes Gericht durch die freiwillige Anerkennung der Parteien kompetent werden; allein diese Anerkennung muß entweder eine ausdrückliche sein oder sie muß aus der unverweigerlichen Einlassung in den Prozeß hervorgehen. Dieses ist aber nicht geschehen; vielmehr haben die Rekurrenten fortwährend gegen die Zuständigkeit des tessinischen Gerichtes protestirt, worin eine Ablehnung und keineswegs eine Anerkennung des Gerichtes liegt.

2) Wenn unter dem angegebenen Gesichtspunkt der Gerichtsstand des Kantons Tessin nicht begründet wurde, so frage es sich ferner, ob derselbe durch die Natur der Klage als der zuständige erscheine. Diese Frage muß bejaht werden, weil eine persönliche Klage vorliegt, welche am Wohnorte der Beklagten angebracht werden muß, wie dieß bezüglich des Herrn Bonzanigo nicht bestritten ist.

3) Was dagegen die Rekurrenten betrifft, so ist zu untersuchen, in welcher Eigenschaft sie vorgeladen werden und wo die Gesellschaft de Sacco ihr Domizil habe.

In dieser Beziehung wird geltend gemacht, es sei Herr Bonzanigo nur als solidarisch Verpflichteter allein in's Recht gerufen, und wenn er später gegen andere Mitbetheiligte der bestandenen Gesellschaft Ansprüche erheben wolle, so möge er dieselben an ihrem Wohnorte suchen. Dieser Einwendung steht aber entgegen, daß ein Dritter die Klage gegen die Gesellschaft de Sacco & Cie als solche erhebt, und zwar für Ansprüche aus einem Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage, für welchen die genannte Gesellschaft hafte.

Wenn nun die Gesellschaft noch ordentliche Vertretungsorgane hätte, so würde diese Vertretung Namens der Gesellschaft in's Recht gerufen worden sein. Da aber dieses nicht mehr der Fall zu sein scheint, so faßte der Kläger ein Mitglied als Repräsentant der Gesellschaft in's Recht, welches den fraglichen Vertrag mit ihm abgeschlossen hat. Diese Stellung des Beklagten im Prozeß ist bereits auch richterlich anerkannt, die Rekurrenten können daher nicht als bloße Litisdenunziaten angesehen werden, sondern sie repräsentiren zusammen die Gesellschaft, welche sich zwar aufgelöst, aber nicht eine vollständige Liquidation ihrer Geschäfte herbeigeführt hat.

4) Ob die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft auf Aktien oder als Kollektivgesellschaft zu behandeln sei, ist Sache der richterlichen Beurtheilung; ebenso auch die Frage, ob und inwieweit die einzelnen Gesellschafter haften. Als Rechtssatz steht aber fest, daß beide Arten von Gesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und beklagt werden können. Dieß genügt zu der Schlußfolgerung, daß die Gesellschaft als solche für die Ansprüche Dritter an dieselbe einen Gerichtsstand haben muß, wo sie belangt werden kann.

5) Es bedarf also nur noch der nähern Erörterung, wo dieser Gerichtsstand sei, wobei zunächst feststeht, daß lediglich ein inländisches Forum in Frage kommt. Man beruft sich nun beiderseits auf die Prävention. Der Grundsatz der Prävention eines Gerichtes kann aber nur Geltung beanspruchen im Innern eines Staates; dagegen ist er werthlos im Verhältniß zu einem andern Staate, wenn nicht besondere Verträge vorhanden sind. Dieses ist unter den schweizerischen Kantonen nicht der Fall. Auf den Umstand aber, daß Herr Bonzanigo Anno 1867 selbst das Gericht Mösa angerufen hat, kann nichts ankommen, weil es sich damals um Anstände zwischen Gesellschaftsmitgliedern, welche vor ein in den Statuten der Gesellschaft vorgesehenes Schieds-

gericht hätten gebracht werden müssen, und um die Bildung dieses Schiedsgerichtes handelte, während gegenwärtig eine Forderung in Frage liegt, die ein Dritter gegen die Gesellschaft erhebt, worüber die Statuten schweigen.

6) Auch kennt unser schweizerisches Staatsrecht das forum contractus nicht; daher ist der Umstand, daß in den Jahren 1844 und 1846 die Gesellschaftsverträge im Kanton Graubünden geschlossen worden sind, ohne rechtliches Gewicht. Der Artikel 50 der Bundesverfassung hebt das forum contractus auf; denn wenn dieses gegen den Willen der Parteien, die in verschiedenen Kantonen der Schweiz wohnen, aufrecht erhalten werden wollte, so würde dadurch der Art. 50 illusorisch gemacht, weil dieser eben will, daß der Schweizerbürger vor seinem natürlichen Richter gesucht werde.

7) Es hängt also Alles von dem Umstande ab, wo die Gesellschaft de Sacco ihr Domizil gehabt hat. Wenn auch die Statuten aus leicht begreiflichen Gründen von keinem Gesellschaftssitz in der Schweiz sprechen, so muß doch angenommen werden, daß die Gesellschaft irgendwo in unserem Lande belangbar sein müsse.

8) Faßt man alle Thatsachen und Umstände zusammen, so kommt man zu der Annahme, Bellinzona als Sitz der Gesellschaft zu erklären. Wenn auch die Gründung und erste Organisation der Gesellschaft auf den Kanton Graubünden hinweist, so ist doch später die Leitung des ganzen Geschäftes von Bellinzona ausgegangen. Schon die Einzahlung der Aktien hatte zum größten Theil nicht in Grono, sondern in Bellinzona zu geschehen. In Bellinzona waren fast alle Aktionärversammlungen; dort wurde die geschäftsleitende Verwaltungskommission gewählt und hielt auch dort alle ihre Sitzungen; die ein- und ausgehende Korrespondenz wurde von Bellinzona aus besorgt; dort wurden die Rechnungen und Akten geprüft und genehmigt, Mandate ausgestellt, Verträge ratifizirt, die Berichte der Angestellten und anderer Beauftragter entgegengenommen; auch fand die Aufbewahrung sämmtlicher Akten in Bellinzona statt.

Aus allen diesen Gründen kommt man zu der Annahme, daß der Mittelpunkt der Geschäftsthätigkeit der Gesellschaft in Bellinzona war, ebenso ihr Domizil und somit auch der Gerichtsstand.

Succession ab intestat. — Statut applicable.

En matière de succession ab intestat, c'est la loi de la situation des biens et celle du domicile, et non la loi du lieu d'origine, qui règle les intérêts matrimoniaux des époux.

Arrêt du 25 Octobre 1872. — Héritiers Bourquin contre Veuve Bourquin.

Cette question neuve en jurisprudence bernoise et toute de principe, a été tranchée dans les circonstances suivantes. M. Ad. Bourquin, en son vivant négociant et propriétaire à St-Imier, où il a eu son domicile depuis 1846 sans interruption jusqu'à son décès arrivé le 3 Novembre 1870, était originaire du Canton de Neuchâtel et il n'avait jamais été naturalisé bernois. Il avait épousé, à Bienne en 1847, Demoiselle Julie-Amélina Jeanmaire, fille légitime de Frédéric Jeanmaire, de Mont-Tramelan (Berne) et des Brenets, bourgeois de Valangin (Neuchâtel). Au moment de son mariage, Mademoiselle Jeanmaire était donc citoyenne bernoise et citoyenne neuchâteloise. Elle est née à Renan, où elle fut élevée par ses parents et y demeura jusqu'en 1832. Depuis lors elle n'a cessé d'habiter St-Imier. Ces époux ne firent aucun contrat de mariage pour régler leur association conjugale quant aux biens. — Adolphe Bourquin est décédé à St-Imier sans postérité et sans avoir laissé de dispositions testamentaires. Sa succession se composait d'immeubles situés dans la commune de St-Imier, de biens meubles, d'argent et de créances, ainsi que cela résulte de l'inventaire dressé devant notaire les 21/22 Décembre 1870.

Les frères et sœurs du défunt, Jacques Bourquin et consorts, voulurent faire procéder au partage de la communauté et de la succession d'Ad. Bourquin d'après les règles du Code civil français qui régit le Jura, tandis que la veuve Bourquin revendiquait le bénéfice de la loi neuchâteloise, pour déterminer ses droits matrimoniaux et de succession.

L'art. 1205 du Code civil neuchâtelois règle comme suit les droits de survie entre époux: „Si l'époux prédécédé est décédé sans postérité légitime, la loi donne à l'époux survivant, quelle que soit l'époque du décès: 1. les vêtements et linge de corps du prédécédé, ainsi que les joyaux qui servaient à son usage ordinaire; 2. la moitié des meubles du

défunt soit propres soit d'acquêt, en donnant au mot *meubles* la signification restreinte de l'art. 383 du présent Code (article 533 C. c. fr.). Le bétail n'est pas compris dans la disposition précédente; 3. les victuailles et provisions de ménage, etc.; 4. l'usufruit de tous les autres biens du défunt, meubles et immeubles.“

Par contre, le Code civil français règle différemment ces droits, notamment en n'accordant pas à l'époux survivant l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles composant la succession du prédécédé.

Les héritiers Bourquin revendiquaient contre la veuve l'application des dispositions du Code civil français qui leur sont plus favorables.

Pour terminer leur contestation, les parties convinrent, par voie de compromis, de remettre la solution du litige à la Cour d'appel et de cassation du Canton de Berne, qui statuerait comme tribunal arbitral sur la question suivante: „Madame Julie née Jeanmaire, veuve d'Adolphe Bourquin, est-elle fondée à exiger que ses droits dans la communauté de biens qui a existé entre elle et son mari décédédé, ainsi que dans la succession dudit Bourquin, seront fixés et déterminés par les dispositions du Code civil actuellement en vigueur dans le Canton de Neuchâtel?“ — ou: „Est-elle tenue de se conformer aux prescriptions du Code civil français actuellement en vigueur dans le Jura dès-là à St-Imier, lieu d'ouverture de la succession?“

Par son arrêt du 25 Octobre 1872 la Cour a tranché négativement la première alternative et affirmativement la seconde.

Voici les motifs de cet arrêt:

considérant :

1. Qu'en général les lois d'un pays seules régissent les biens et les personnes qui se trouvent dans son territoire, et que ce principe ne souffre d'exception, que dans les cas prévus par une disposition spéciale de la loi ou par les traités entre divers pays;

2. qu'à la vérité, la législation en vigueur dans le Jura bernois et celle du Canton de Neuchâtel renferment, toutes

deux, une exception pour les lois concernant l'état et la capacité des personnes (art. 3 C. civ.);

3. que toutefois, cette exception ne doit pas être étendue aux cas qui n'y sont pas clairement compris; qu'ainsi, tout ce qui touche aux conditions requises pour contracter mariage doit bien être jugé d'après les lois du pays dont les époux sont ressortissants, mais qu'il n'en est pas de même pour ce qui concerne les effets essentiellement matériels du mariage, c'est-à-dire pour les rapports des époux quant aux biens;

4. que les époux Bourquin n'ont point fait de contrat de mariage, qu'ils ont toujours conservé leur domicile au même endroit, c'est-à-dire à St-Imier, depuis leur union, et que partant ils sont réputés s'être soumis tacitement aux lois qui régissent, dans le pays de leur domicile, l'association conjugale des époux quant aux biens, tout comme s'ils avaient formellement adopté les dispositions de ses lois pour régler leurs intérêts matrimoniaux;

5. que les biens meubles et immeubles appartenant aux époux Bourquin se trouvent dans le territoire du Canton de Berne, que c'est là aussi que le Sieur Bourquin est décédé et que sa succession s'est ouverte;

6. qu'il est de principe, en matière de succession, que c'est la loi du lieu du domicile du défunt qui régit sa succession et les droits qui s'y rattachent;

7. que si l'on admet une exception à ce principe quant aux immeubles situés dans un autre territoire, ce cas ne se présente pas dans l'espèce, puisque les immeubles faisant partie des biens des époux Bourquin se trouvent dans le Canton de Berne;

8. que c'est en vain que la défenderesse invoque le concordat du 15 Juillet 1822, pour démontrer que le Canton de Berne avait adopté le principe, que la succession d'un ressortissant d'un autre Canton doit être régie, par la législation du lieu d'origine;

9. qu'en effet, ce concordat n'a force légale qu'entre les Etats qui *y* ont consenti; qu'au nombre de ces derniers ne figure point l'Etat de Neuchâtel; qu'au contraire celui-ci a déclaré ne point y adhérer, que dès-lors l'Etat de Berne a réservé ses propres lois, soit la réciprocité, et qu'il est resté dans le droit commun, à l'égard du Canton de Neuchâtel.

Observation. Cet arrêt, qui n'a pas été rendu à l'unanimité des voix de la Cour, va très loin dans l'application qu'il fait du principe de territorialité. Rigoureusement parlant, le *patrimoine* semble devoir être régi par les lois qui règlent l'état et la capacité de la personne à laquelle il appartient. On ne conçoit pas, en effet, de patrimoine, abstraction faite d'une personne qui le possède; en d'autres termes, les biens d'un individu ne forment ce tout idéal qu'on appelle *patrimoine,* que par suite d'un rapport juridique établi entre ces biens et cet individu. Le patrimoine qui n'est point un objet extérieur, se confond donc en quelque sorte avec la personne qui en est propriétaire. Il résulte de là, que la succession (*patrimonium defuncti*) ab intestat ou testamentaire d'un étranger devrait être régie par les lois du pays de cet étranger. — Cette opinion est celle de plusieurs auteurs, entre autres de Zachariæ et de Boileux. La jurisprudence française admet le principe strict de la territorialité en ce qui concerne la succession immobilière. Dans le cas qui nous occupe on peut dire que les époux Bourquin, étant restés neuchâtelois, n'avaient jamais entendu perdre le bénéfice des lois de leur pays d'origine et se départir de leur statut personnel; et cela d'autant plus, que le droit de survie, revendiqué par la veuve Bourquin, ne rentre pas dans la catégorie des droits matériels de succession, mais qu'il constitue un avantage purement personnel, attaché à la qualité d'époux; leur succession pouvait donc se partager d'après la loi de leur pays. — D'un autre côté, le Code neuchâtelois renferme la même disposition que le Code français, art. 3, où il est dit: „Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français (ou les Neuchâtelois), même résidant en pays étranger.„ — Il n'y a d'exception à ce principe qu'en ce qui concerne les immeubles possédés par des étrangers. N'aurait-on pas dû distinguer alors, et n'admettre l'application du principe de territorialité que relativement aux immeubles, et ne pas l'appliquer à la succession mobilière? La jurisprudence française est partagée sur cette question, mais, dans la plupart des cas, elle distingue et range le patrimoine mobilier parmi les objets soumis au statut personnel. Nous croyons que, dans l'espèce, cette distinction aurait pu parfaitement se légitimer. F.

Stämpflische Buchdruckerei in Bern.

Zeitschrift

des

Bernischen Juristen-Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band VIII. • Nr. 11 u. 12.

Mai und Juni 1873.

Prof. Dr. Walther Munzinger.

Wohl selten hat ein Todesfall so allgemeine und lebhafte Theilnahme in näheren und weiteren Kreisen erregt, wie derjenige, welcher uns heute veranlaßt, die Feder zu ergreifen. Dem anfänglichen Unglauben folgte Bestürzung und der Bestürzung die aufrichtigste Trauer, und wie tief dieselbe alle Schichten der schweizerischen Bevölkerung durchdrang, bewies sein Leichenbegängniß, welches in Bern seinesgleichen nicht aufzuweisen hat. Der bernische Juristenstand wurde in erster Linie durch diesen unerwarteten Tod berührt, denn Munzinger war nicht nur Lehrer des Rechts an unserer Hochschule, sondern ist auch Präsident unseres Juristenvereines gewesen. In dieser doppelten Eigenschaft hat er Anspruch darauf, daß die Zeitschrift für bernisches Recht seiner

gedenke in ehrendem Nachruf. — Walther Munzinger ist geboren den 13. September in Olten, von wo sein Vater, Joseph Munzinger, in Folge des politischen Umschwungs im Jahr 1830 zum Standespräsidenten (später Landammann) des Kantons Solothurn gewählt, bald nachher mit der ganzen Familie nach Solothurn übersiedelte; im Jahr 1848 folgte er dem Vater, der zu einem Mitgliede des neu konstituirten Bundesrathes gewählt worden war, nach Bern. Hier begann er seine juristischen Studien und in Paris setzte er sie fort. Er traf es in eine politisch erregte Zeit, diejenige der Streitigkeiten und Reibungen des Präsidenten Louis Napoleon mit der Assemblée nationale, welche am 2. Dezember 1851 in dem Staatsstreich ihren vorläufigen Abschluß fanden. Daß er sich aber dadurch nicht von ernsten und eingehenden Studien abhalten ließ, beweist die Kenntniß des französischen Rechtes, welche er sich dort erwarb, und die ihn später befähigte, diese Disziplin an unserer Hochschule zu lehren. Nach Bern zurückgekehrt machte Munzinger im Januar 1854 das Staatsexamen und wurde in Folge dessen als Fürsprecher des Kantons Bern patentirt. Da er jedoch mehr Lust verspürte zu einer wissenschaftlichen Laufbahn, als zur Praxis, so begab er sich im Herbste des nämlichen Jahres zu weiterer Ausbildung nach Berlin, wo er ein eifriger Schüler Kellers wurde, dem er zeitlebens ein dankbares Andenken bewahrte. Leider konnte er nicht so lange in Berlin bleiben, als er gewünscht und gehofft hatte. Der inzwischen erfolgte Tod seines Vaters rief ihn vor der Zeit zurück, und damit hatten nun auch seine Universitätsstudien ihren Abschluß gefunden. Bald nach seiner Heimkehr erwarb Munzinger von der hiesigen Juristenfakultät die juristische Doktorwürde. Als Thema seiner Inauguraldissertation hatte er die causa curiana gewählt und zeigte sich bei dieser Gelegenheit seines Lehrers würdig; beinahe möchte ich glauben, die Ansicht des letzteren habe einen wesentlichen Einfluß auf diejenige unseres Freundes gehabt. Die Frage, ob in der substitutio pupillaris die vulgaris enthalten sei, wurde

von dem römischen Centumviralgericht bejahend entschieden. Munzinger mißbilligt die Entscheidung und sucht in einem Scävola in den Mund gelegten lateinischen Vortrag die entgegengesetzte Ansicht zu rechtfertigen; und wenn es ihm auch nicht gelungen ist, seine Ansicht zur herrschenden zu machen, so wird seine Erstlingsarbeit doch immer noch von Meistern des Faches zitirt.

Unmittelbar nach Erwerbung der Doktorwürde habilitirte sich Munzinger als Privatdozent bei der juristischen Fakultät für französisches und Kirchenrecht, griff jedoch bald weiter und las namentlich auch über Institutionen des römischen Rechtes. Die verschiedenen Grade der akademischen Rangstufen erwarb er als wohlverdiente Preise gewissenhafter, aufopfernder Arbeit. Bereits im Jahr 1857 wurde er zum außerordentlichen und 1863 zum ordentlichen Professor ernannt. Im Jahr 1865 bekleidete er das Rektorat und hielt damals die ansprechende Rede über die Pflege der Jurisprudenz im alten Bern, welche in Band II dieser Zeitschrift abgedruckt ist. Als Dozent las Munzinger neben den bereits genannten Fächern vorzugsweise über Handels- und Wechselrecht, deutsches Privatrecht, Encyclopädie und schweizerisches Bundesrecht. Mit großer Leichtigkeit arbeitete er sich in die verschiedenen, ja verschiedensten Fächer ein, und wenn er es auch nicht als seine Aufgabe erachtete, selbst in die Tiefen des Schachtes hinunterzusteigen und mühsam die verborgenen Schätze zu heben, so wußte er doch das Vorhandene trefflich zu verarbeitn, zu beherrschen und für weitere Kreise zu verwerthen und nutzbar zu machen. Seine Darstellung war klar, lebendig und geistvoll, oft hinreißend, immer fesselnd. Den Studirenden stund er als theilnehmender Freund und Berather zur Seite; er bekümmerte sich wie ein Vater um den Einzelnen und hatte für Jeden ein freundliches Wort. Keinen verlor er wieder aus den Augen, der ihm einmal nahe getreten war, und als Rektor war er wie Keiner geeignet, oft scharf hervortretende tiefere Differenzen zu vermitteln. Dem jugendlichen Feuer gegenüber

machte er sein præstat componere fluctus geltend, ohne das quos ego zu scheuen, wo er es für nothwendig erachtete. Seinen Kollegen war er ein treuer Freund, hingebend und aufopfernd in wahrhaft beschämendem Maße. Nicht sein Wissen und seine Stellung als Gelehrter allein war es, die ihm die Achtung Aller gewann und erhielt, sondern sein lauterer, biederer Charakter, seine tiefe, innige Gemüthlichkeit und Herzensgüte, sein Wesen ohne Falsch. Nie entfiel ihm ein unedler Ausdruck, und Personen, die Jahrelang mit ihm in genauem Verkehr gestanden haben, wußten sich nicht zu erinnern, je einen solchen von ihm gehört zu haben. Andersgesinnten gegenüber war sein Urtheil milde, und stets war er geneigt, auch bei dem Gegner die gleiche Reinheit der Motive vorauszusetzen, welche die Grundlage seiner eigenen Ueberzeugung bildete. Dieß fühlten wohl Alle, die mit ihm in Berührung kamen, und auch der Gegner konnte dem wohlwollenden Manne nicht übelwollen; gewiß hat er keinen persönlichen Feind zurückgelassen.

Stets bereit Gutes zu wirken, wo sich ihm Gelegenheit bot, folgte er wiederholt der Einladung des Vereines junger Kaufleute, Vorlesungen über handelsrechtliche Gegenstände zu halten, deren noch vorhandene Concepte von der Gewissenhaftigkeit Zeugniß ablegen, womit er sich selbst mit Bezug auf Materien vorbereitete, die ihm durchaus geläufig waren. Auch in dem Vereine für Handel und Industrie hielt er in den beiden Wintern von 1865/66 und 1866/67 je eilf Vorträge über Handelsrecht, mit Zugrundelegung des von ihm ausgearbeiteten Entwurfes. Von den damaligen Mitgliedern des Vereines denkt noch Mancher dankbar dieser belehrenden Abende. Schon diese Betheiligung Munzingers an den Arbeiten des Vereines für Handel und Industrie beweist seine durchaus praktische Richtung, und so finden wir ihn denn auch niemals mit rein theoretischen Untersuchungen beschäftigt, sondern seine Thätigkeit war stets auf praktische Ziele gerichtet. So groß auch die Arbeits-

kraft Munzingers und wie manigfach seine Arbeiten waren, diesen Charakter verleugnet keine.

Bereits im Jahr 1862 arbeitete er im Auftrage des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes ein Gutachten aus über die Frage eines schweizerischen Handelsgesetzbuches (gedruckt bei Jent und Gaßmann). Munzinger sprach sich darin entschieden für die Wünschbarkeit eines gemeinsamen Handelsgesetzbuches aus, und in dieser Beziehung traf er auf keinen Widerspruch. Dagegen wurden zwei andere Bedenken laut, das eine von Prof. A. Heusler, welcher sich zwar mit der Wünschbarkeit einverstanden erklärte, allein die kritische Frage aufwarf, ob das Handelsrecht überhaupt heut zu Tage schon genug wissenschaftlich und praktisch durchgebildet sei, um in wahrhaft befriedigender Weise codificirt werden zu können?*)

Ein anderes Bedenken wurde von Munzinger selbst hervorgehoben: ob es nämlich zweckmäßig sei, das Handelsrecht aus dem allgemeinen Civilrechte auszuscheiden und zum Gegenstande einer besonderen Gesetzgebung zu machen. Prinzipiell anerkannte Munzinger unumwunden, daß die Aufnahme des gesammten Obligationenrechtes in den Entwurf der rationellste Weg sein würde. Das Obligationenrecht eigne sich besser als das übrige Civilrecht zu einer einheitlichen Codifikation; dasselbe beruhe zum größten Theile auf dem römischen Rechte, welches die gemeinsame Quelle der französischen wie der deutschen Codifikationen sei, und von einem bedeutenden Gegensatz germanischer und römischer Rechtsprinzipien könne daher in diesem Gebiete nicht gesprochen werden; endlich sei der Kaufvertrag zu einem großen Theile seiner Anwendung Handelskauf und Verkauf und also nicht auf den engen Kreis der Kantonalgrenzen eingeschränkt; die praktische Bedeutung gerade dieses Kaufvertrages sei aber gewiß nahezu so groß, als diejenige aller übrigen Verträge zusammen genommen. Wenn dessen ungeachtet Munzinger

*) Zeitschrift für schweizerisches Recht XIII, p. 132.



eine Trennung des Handelsrechtes von dem Civilrechte befürwortete, so geschah es nur deßwegen, weil er eine weitergehende Codifikation für gefährlich und geeignet erachtete, das ganze Werk in Frage zu stellen, ohne daß das Resultat, das man sich davon versprechen könne, mit dieser Gefahr in einem entsprechenden Verhältniß stehe. Er machte namentlich auf den Zusammenhang aufmerksam des Obligationenrechtes mit dem Hypothekarrecht, dem Konkurs- und Prozeßrecht, und glaubte, ohne in diese Rechtsmaterien einzugreifen, kein einheitliches Verkehrsrecht aufstellen zu können. Er wollte daher das sichere Gute nicht dem unsicheren Besseren opfern, sondern zog es vor, mit dem Handelsrechte zu beginnen und das Obligationenrecht nur in Aussicht zu nehmen. Munzingers Standpunkt war damals durchaus berechtigt; gegenwärtig können wir ihn nicht mehr einnehmen, denn was damals noch beinahe unmöglich schien, ist nun nothwendig geworden, und selbst eine Codifizirung des Obligationenrechtes genügt nicht mehr. Die eigenen Arbeiten Munzingers sind eine Geschichte des Fortschrittes, den die Frage im Laufe weniger Jahre gemacht hat. Aus dem ursprünglichen Konkordatsentwurf wurde ein Gesetzesentwurf, und aus dem Entwurfe eines Handelsrechtes ein solcher des Obligationenrechtes, und hoffentlich wird auch dieser bald von dem Entwurf eines schweizerischen Gesetzbuches überholt werden.

In Folge seines Gutachtens wurde Munzinger mit der Ausarbeitung des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches beauftragt, und es erschien derselbe mit einem Band sorgfältig gearbeiteter „Motive" 1865 im Druck. Diese beiden Arbeiten haben ihn im In- und Auslande bekannt gemacht und sein Name war seither bei den Fachgenossen ein geachteter. Ueber die Motive selbst lasse ich gerne einem anderen Kollegen das Wort. Kurz nach ihrem Erscheinen sprach sich Herr Professor Dr. Emil Vogt folgendermaßen darüber aus:

„......Begrüßen wir vielmehr freudig den Entwurf nebst den dazu erschienenen Motiven Munzingers. Klarheit

und Durchsichtigkeit des Ganzen — die Motive lesen sich so leicht wie ein Roman, weil er die leitenden Prinzipien überall scharf hervorhebt und der Leser glaubt, es verstehe sich alles Weitere von selbst, wenn er nur jene einmal überdacht — ein überall sich kundgebendes Streben nach Freiheit (z. B. der Aktiengesellschaft durch Beseitigung der staatlichen Bevormundung); sorgfältigste Benutzung der neuern Literatur, ja sogar der Jurisprudenz der letzten Monate, um durch einen bestimmteren Ausdruck eine Controverse zu entscheiden, — das sind unverkennbare Zeichen einer gediegenen Arbeit." *)

Wie diese Arbeiten Munzingers Ruf begründet hatten, so hatten sie ihm auch das Vertrauen seiner Fachgenossen und des Bundesrathes erworben, und es entsprach daher der gewonnenen Vertrauensstellung vollständig, daß ihm von dem eidgenössischen Justizdepartement nun auch die Ausarbeitung des weitergehenden Entwurfes eines schweizerischen Obligationenrechtes übertragen wurde. Auch diese Arbeit erschien im Druck und wurde auch bereits von einer Kommission durchberathen. Leider kann nun Munzinger selbst die letzte Hand nicht mehr an dieselbe legen, sondern muß die endliche Redaktion einer anderen Feder überlassen bleiben.

Neben dieser letzten größeren Arbeit verfaßte Munzinger noch zwei Gutachten im Auftrage des eidgenössischen Justizdepartementes. Da eine betrifft die Gewähr der Viehhauptmängel mit Rücksicht auf die Rechtsverhältnisse der Schweiz und Frankreichs, und ist datirt vom 28. März 1870. In Folge einer Anregung der französischen Regierung, mit Bezug auf die Wandelklage Bestimmungen einzuführen, ähnlich den in Frankreich bestehenden, oder wenigstens den französischen Händlern behufs Erwirkung der Währschaft die gleiche Reziprozität einzuräumen, die zwischen Frankreich und andern Nachbarstaaten, wie Baden, Würtemberg und Bayern zur Zeit schon bestehe.

*) Zeitschrift I, p. 328 ff.

Diese Eröffnungen wurden sämmtlichen Kantonsregierungen mitgetheilt, mit Ersuchen, sich darüber auszusprechen, und da die daherigen Antworten sehr verschieden ausfielen und im Allgemeinen sich wenig Geneigtheit zeigte, auf eine Aenderung des Konkordates einzutreten, so wurde Munzinger im Verein mit Prof. Dr. Pütz eingeladen, die Frage der Währschaftspflicht mit besonderer Rücksicht auf internationale Verhältnisse zu studiren und ein Gutachten darüber abzugeben. Kein Jurist wird diese Arbeit ohne Befriedigung lesen, und der Zusammenstellung der wünschbaren Hauptgrundsätze einer Gesetzgebung über die Gewährsmängel, wie Munzinger sie S. 26 ff. zusammengestellt hat, kann wohl mit wenig Aenderungen zugestimmt werden. Ein tieferes Eintreten auf diese Arbeit wäre hier nicht am Ort, aber eine Mahnung wollen wir doch wiederholen, da sie vielleicht eindringlicher wirkt, weil Munzinger sie gemacht hat. Sie betrifft die auszustellenden thierärztlichen Gutachten. „Ein ärztliches Gutachten, sagt er, verdient erst dann volles Vertrauen, wenn es nicht bloß Schlüsse, sondern auch die Prämissen enthält, welche zu den Schlüssen geführt haben. Es kommt noch häufig vor, daß ein Experte ganz einfach erklärt, das untersuchte Thier leide an dieser oder jener Krankheit, ohne daß diese Behauptung motivirt wird. Da kann von einem Gutachten, das gerichtlichen Glauben verdient, kaum gesprochen werden. Enthält dagegen der Bericht des Experten eine wissenschaftliche Darlegung des Befundes, die jeden Sachverständigen in die Lage versetzt, über die Richtigkeit der Schlüsse zu urtheilen, so wird das Rechtsuchen auch über die Grenze hinaus viel leichter werden, als bei dem jetzigen berechtigten Mißtrauen der Fall ist."

Einen praktischen Erfolg scheint das Gutachten bis jetzt nicht gehabt zu haben, wenigstens ist mir keiner bekannt geworden.

Ein letztes in amtlichem Auftrage verfaßtes Gutachten Munzingers betrifft die französischen Moratorien. Die Frage, ob die französische Ausnahmsgesetzgebung mit Bezug auf

die Verfallzeit von Wechseln auch außerhalb Frankreichs anzuerkennen sei oder nicht, beschäftigte natürlich auch den schweizerischen Handelsstand, und bei den widerstreitenden Ansichten hielt das Justizdepartement es für angemessen, ihm durch ein rechtliches Gutachten zu Hülfe zu kommen. Mit der Ausarbeitung wurden Munzinger und Riggeler, Vater, beauftragt, und wenn wir auch ihre Ansichten nicht theilen können, so müssen wir doch die lichtvolle Darstellung und sorgfältige Begründung unumwunden anerkennen. Das Gutachten vertrat eine dem Urtheile des leipziger Oberhandelsgerichtes entgegengesetzte Ansicht und scheint ohne Einfluß auf die schweizerische Rechtssprechung geblieben zu sein, denn das bekannte und auch in dieser Zeitschrift VII, p. 163 abgedruckte Urtheil des Zürcherischen Handelsgerichtes verwirft seine Schlüsse und stellt sich auf den Standpunkt des Leipziger Urtheiles. Dessen ungeachtet bleibt der Munzinger'schen Arbeit ein ehrenvoller Platz in dieser Spezialliteratur gesichert.*)

Durch seine Arbeiten hatte aber Munzinger nicht nur das Vertrauen der Behörden gewonnen, sondern auch dasjenige des Handelsstandes, welcher seine reichen Kenntnisse sowie sein praktisches und unbestechliches Urtheil zu würdigen wußte. In zweifelhaften und schwierigen Fragen suchte er daher gern seinen Rath, und eine Menge gedruckter und ungedruckter Gutachten legen in dieser Beziehung ehrendes Zeugniß für ihn ab. Von solchen Gutachten führe ich namentlich folgende an: Gutachten in Sachen der Gerichtsämter Basel, Namens der Masse von Heinrich Stüßi gegen Friedrich Lotz-Eglin, betreffend Anwendung der actio Pauliana, und Antwort auf den offenen Brief des Herrn Dr. H. Christ in Basel in der nämlichen Streitsache, 1869 und 1870. Das gemeinschaftlich mit Bützberger verfaßte, betreffend die Verantwortlichkeit der Vorsteherschaft der Aktiengesellschaft Leu und Comp., und daran sich anschließend

*) Fick, internationales Wechselrecht, p. 16.

seine Antwort auf die Rechtsgutachten der Professoren Dr. Regelsberger und Dr. Bluntschli. 1872. Endlich seine letzte handelsrechtliche Arbeit: Die Ansprüche der Prioritätsaktien der Gesellschaft der vereinigten Schweizerbahnen auf Dividenden-Nachzahlungen. 1873. Die Erwiderung auf dieses Gutachten, welche ihm Bluntschli zusandte, langte nach seinem Tode an. Die Gerichte St. Gallens haben seither im Sinne Munzingers entschieden und dadurch wurde unter den Parteien die Streitfrage vorläufig erledigt, wenn auch nicht unter den Juristen.

Wie Munzinger als Jurist Theorie und Praxis in so glücklicher Weise zu vereinigen vermochte, so verfolgte er auch als Staatsmann stets bestimmte praktische Ziele. Dieser Tendenz verdankt seine kirchenrechtliche Studie über Papstthum und Nationalkirche (1860) ihre Entstehung. Er bekämpft darin mit Wärme die Nothwendigkeit der weltlichen Macht des Papstes und noch mehr die Unnatur der päpstlichen Allgewalt, welche selbst über den Concilien stehen soll. Für dieselbe war gerade damals Schulte — Kirchenrecht II, 188 ff. — mit der ganzen Kraft der Ueberzeugung und ausgerüstet mit allen Mitteln der Gelehrsamkeit und Dialektik eingestanden und hatte sie mit neuen Gründen als die wahre Lehre der katholischen Kirche darzustellen versucht. Munzinger griff diese These mit äußerster Lebhaftigkeit an, denn der bloße Gedanke einer solchen Allgewalt empörte ihn. Der geringe Umfang seiner Schrift verhinderte ihn aber, auf die Beweisführung des berühmten Kirchenrechtslehrers näher einzutreten, und mag auch der Grund sein, weßhalb die Lehre desselben nicht immer richtig dargestellt wird. So läßt er ihn z. B. sagen: „Aus dem Begriffe des Primates, seiner göttlichen Einsetzung und seinem Zwecke folgt mit absoluter Nothwendigkeit, daß dem Papst alle und jede mit dem Wesen der Kirche und ihrem Berufe übereinstimmende Mittel zu Gebot stehen", und übersieht, daß Schulte selbst in der Anmerkung zu diesem Satze darauf hingewiesen hat, daß er selbstredend nur von

moralisch erlaubten Mitteln rede (S. 190). In der Hauptsache aber hatte Munzinger Recht, und Schulte selbst hat mit der größten Freimüthigkeit anerkannt, „in einer tiefen Täuschung gelebt zu haben" (Macht der römischen Päpste, S. 12). Das vatikanische Concil einigte auch diese Männer und glich ihre kleineren Differenzen aus, denn seither sehen wir sie beide Hand in Hand als Vorkämpfer der Opposition gegen diese päpstliche Allgewalt.

Für die Schweiz wünschte Munzinger eine Einigung der zerstückelten schweizerisch-katholischen Kirche, Erhebung des Bisthums Basel zum schweizerischen Erzbisthum und eine der Natur der Verhältnisse entsprechende Eintheilung der Schweiz in einzelne Bisthümer. Ferner eine von den katholischen Ständen garantirte Kirchenverfassung, nach welcher Erzbischof und Bischöfe selbständige Kirchenregierungsrechte besitzen, die Nuntiatur aufgehoben werden und die schweizerische Kirche als Glied der allgemeinen Kirche mit dem Papste, als dem ständigen Einheitspunkt derselben, in ununterbrochener Verbindung stehen, sonst aber der Jurisdiktion der nationalen Kirchenobern und nicht der des Papstes unterworfen sein sollte. Endlich die Organisation eines Nationalconcils und von Diöcesansynoden zur Einigung der Geistlichen, S. 106 ff. Daß unter solchen Voraussetzungen eine Verbindung mit dem Papste noch möglich wäre, hat er selbst später als eine Illusion betrachtet.

Einem anderen praktischen Zwecke verdankt seine schöne Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit (1871) ihre Entstehung. Er untersuchte und beantwortete in dem ersten Theile derselben die Frage, welche Materien des Rechts unifizirt werden sollen und können und suchte im zweiten Theile die Kompetenzen des Bundesgerichtes festzustellen. Wer den späteren Debatten gefolgt ist, der weiß wie viel Licht diese Munzinger'sche Studie verbreitet hat und wie anregend seine Ausführungen gewirkt haben. Bei Behandlung der Organisation des Bundesgerichts spricht er treffliche Worte über unser Rekursunwesen, welches keiner

Partei eine Garantie darbietet, daß das Recht auch wirklich zur Geltung gelangen werde. — Die ganze Besetzung des Bundesgerichtes taugt nichts; neben ein Paar ausgezeichneten Juristen sitzen eine Anzahl kantonaler Beamten, denen die Jurisprudenz längst eine terra incognita geworden ist und die ihre Stellen nur ihrer Stellung verdanken. Sehr beachtenswerth sind die Aussprüche des amerikanischen Staatsmannes Webster, welche Munzinger zitirt und denen er diejenigen Calhoun's hätte beifügen können, sowie seine Ausführungen über die Bundesgerichtsbarkeit im norddeutschen Bund und in der nordamerikanischen Union, und endlich seine Kritik des französischen Kassationshofes. Wir können auf diese Munzinger'sche Schrift hier nicht weiter eintreten, da ein Nekrolog nicht der geeignete Ort sein kann zu einer ausführlichen kritischen Besprechung der Ansichten des Verstorbenen. Erwähnt mag daher hier nur noch werden, daß wir seiner Feder auch noch die treffliche Auseinandersetzung verdanken über die Nothwendigkeit der Rechtseinheit, welche von dem bernischen Volksverein vor dem 12. Mai verbreitet worden ist.

Es versteht sich wohl von selbst, daß Munzinger seiner Zeit die Gründung eines schweizerischen Juristenvereines mit lebhafter Freude begrüßte und thätig dabei mitwirkte. In Lausanne zum Präsidenten desselben erwählt, präsidirte er 1865 seine Versammlung in Bern, und im folgenden Jahre hielt er in der Versammlung in Aarau am 5. Oktober 1866 sein Referat über die Wucherfrage. Für das Jahr 1871 hatte er wieder ein Referat für die Versammlung in Neuenburg übernommen über die einheitliche Gesetzgebung. Durch den Altkatholikenkongreß in München wurde er jedoch abgehalten, dasselbe persönlich zu halten, und er übertrug es daher Herrn Dr. Simon Kaiser, welcher in ausgezeichneter Weise sich seiner Aufgabe entledigte. Dagegen trat Munzinger bei der letztjährigen Jahresversammlung in Luzern wieder als Referent auf. Das eheliche Güterrecht sollte dieses Mal das Thema der Diskussion

liefern und ich war zum Referenten bestimmt. Zu meinem Bedauern fehlte mir die Zeit, rechtzeitig den schwierigen Stoff zu verarbeiten, und da auch da auch die letzten vierzehn Tage vor der Versammlung durch unerwartete Hindernisse nicht verwendbar waren, so ersuchte ich Munzinger, die Arbeit an meiner Stelle zu übernehmen. Mit der größten Bereitwilligkeit entsprach er meiner Bitte und opferte einen schönen Theil seiner Ferien, deren auch er bedurfte, um einem Freunde einen Dienst zu erweisen. Trotz der kurzen Zeit, welche ihm zur Vorbereitung blieb, durfte doch sein Referat als ein nach Form und Inhalt vollendetes bezeichnet werden, und die Diskussion, welche daran sich knüpfte, war die lebhafteste und gründlichste, welche der Verein noch gepflogen hatte. Munzinger suchte an dem Beispiele des ehelichen Güterrechts nachzuweisen, daß die Einheit des Rechts nicht zu den unerreichbaren Gütern gehöre, und er beabsichtigte, das mündlich gehaltene Referat für die Zeitschrift auszuarbeiten und mit den nöthigen Noten zu versehen. Leider hat der Tod ihn verhindert, diese Arbeit in Angriff zu nehmen; da jedoch seine Notizen in meinen Händen sind, so werde ich es im Laufe des Jahres versuchen, es an seiner Stelle zu thun und durch ein solches opus postumum dem Verstorbenen ein kleines Monument zu setzen.

An der Spitze des schweizerischen Juristenvereins stund damals der auch mit Munzinger eng befreundete und geistesverwandte Dr. J. Bühler. Dieses Frühjahr erkrankte der treffliche Mann und starb wenige Wochen vor Munzinger, der tief ergriffen war von der traurigen Kunde. Da Bühler nicht nur Mitarbeiter unserer Zeitschrift, sondern überhaupt den tüchtigsten schweizerischen Juristen beizuzählen war, so wird in der nächsten Nummer ein Nachruf aus der Feder eines luzernischen Juristen erscheinen.

Bei der Neigung Munzingers zu praktischer Thätigkeit war sein Wunsch ganz natürlich auch auf direkte und nicht bloß indirekte Betheiligung an dem öffentlichen Leben ge-

richtet. Bei einem Sohne Joseph Munzingers wäre das Umgekehrte kaum erklärlich gewesen. Wir dürfen uns daher nicht darüber verwundern, daß er vor einigen Jahren sogar sehr ernsthaft daran dachte, seine wissenschaftliche Laufbahn ganz aufzugeben und sich dem praktischen Staatsdienste zu widmen. Zum Glück für uns und wohl auch für ihn blieb seine damalige Bewerbung um die Stelle eines Generalprokurators an Platz des verstorbenen Robert Hermann ohne Erfolg und er blieb der Hochschule erhalten. Dagegen wirkte er seit 1863 als Suppleant des Obergerichts bald in der Civilabtheilung, bald in einer der beiden anderen. Diese Thätigkeit erhielt ihn im Zusammenhang mit der juristischen Praxis, ohne daß sie jedoch als eine sehr bedeutsame bezeichnet werden dürfte. Ein Suppleant wird zu selten einberufen, als daß es ihm möglich würde, auf die Rechtssprechung im Ganzen einen erheblichen Einfluß auszuüben.

Bei Neukonstituirung unserer Gemeindsbehörden berief das Vertrauen seiner Mitbürger Munzinger in den großen Stadtrath; doch bot sich ihm während der kurzen Zeit seiner Mitgliedschaft keine Gelegenheit dar, eine besondere Wirksamkeit zu entfalten. Eine wohlverdiente Anerkennung war es dagegen, daß die Wähler des Oberaargaues ihn letzten Herbst als ihren Vertreter in den Nationalrath sandten. Die Wahl ehrte die Wähler und den Gewählten. Munzinger war mit dem schweizerischen Bundesrechte genau vertraut und würde als Jurist in allen Rechtsfragen treffliche Dienste geleistet haben. Allein er war auch Staatsmann und als solcher der Revision entschieden zugethan. Nach dem 12. Mai ließ er den Muth nicht sinken, schöpfte vielmehr aus der Niederlage neue Kraft und mehr als je war er von der Nothwendigkeit einer durchgreifenden und weitgehenden Revision überzeugt. Bei Wiederaufnahme derselben war daher seine entschiedene Parteinahme vorauszusehen, allein auch hier würde seine Persönlichkeit vielleicht noch mehr gewirkt haben als seine Reden. Er konnte wie kein

Anderer zerrissene Fäden wieder anknüpfen und abgebrochene Verbindungen wieder herstellen; wenn irgend noch bei allem Widerstreit der Meinungen und Ansichten Anknüpfungspunkte zu finden waren, so war Munzinger der Mann, sie zu finden und zu verwerthen zur Erreichung gemeinsamer Ziele. Auch hier müssen vollberechtigte Hoffnungen unerfüllt bleiben, und hadern möchten wir mit der Vorsehung, daß sie gerade Männer wie Munzinger und Bühler erwählte und zu einer Zeit uns entriß, wo wir ihrer am meisten bedurften.

Ich muß es Anderen überlassen, den Antheil zu schildern, welchen Munzinger an dem Kampfe genommen hat, welcher in Mitten der katholischen Kirche ausgebrochen ist. Bei dem lebendigen Gefühle für Wahrheit und für Recht mußte er einer Sache, die er als die wahre ansah, seine Thätigkeit widmen und seine reichen Mittel zur Verfügung stellen. Er nahm mit Augustin Keller Theil an dem bekannten Katholiken-Kongreß in München und veröffentlichte dann ein aufklärendes Wort über Personen und Sachen an den schweizerischen Verein freisinniger Katholiken. Er spricht sich darin aus über die Gründe der Bewegung und die Nothwendigkeit des Widerstandes gegen die Unfehlbarkeitslehre; über die leitenden Personen, die zu erreichenden Ziele, über die Stellung, welche der Staat einzunehmen habe mit Rücksicht auf Schule und Kirchenvermögen, die Bildung von Gemeinden und die möglichen Aussichten. Die Schrift ist mit seltener Wärme und Innigkeit geschrieben; jedes Wort verräth seine innere Bewegung und seine Ueberzeugung, der Wahrheit zu dienen. Mit wahrer Seelenfreude wiegt er sich in dem Gedanken einer allgemeinen christlichen Gemeinde und einer Annäherung und Vereinigung von Katholiken und Protestanten. Anderseits sieht man seine Augen flammen und sein Antlitz glühen vor Entrüstung, wenn er Akte der unchristlichsten Toleranz erzählt, wie den Erlaß des Erzbischofs von Wien vom 25. Februar 1856 über die Leichenbegängnisse von Akatholiken. Zornig ruft er aus: „Da, wo die deutsche Sprache aus dem klaren Volksgefühl heraus

von „Friedhof“ spricht, da errichtet die Hierarchie Scheidemauern und Hecken.“ Die Frage nach dem endlichen Resultat fiel ihm zusammen mit der Frage, ob es überhaupt in der Geschichte ein Siegen der Wahrheit, einen Fortschritt der Menschheit auf dem Gebiete des Geistes gebe; und am Ende seiner Schrift spricht er mit folgenden edeln Worten seine Zuversicht aus und seine freudige Hoffnung für die Zukunft: „Ob nun diese Bewegung einen rascheren oder langsameren äußern Fortgang haben wird, hängt viel davon ab, wie weit und wie stark die Sehnsucht nach einem wahrhaftigeren religiösen Zustand in das Volk eingedrungen ist, zugleich aber auch von äußern Ereignissen: wenn sich zwei Augen schließen, so kann sich Vieles ändern. Wer aber die Ueberzeugung hat, daß wir der Wahrheit dienen, der möge beruhigt sein und glauben, daß dieser Wahrheit, wenn auch vielleicht auf ganz anderem Wege, als unserer Kurzsichtigkeit vorherzusehen gestattet ist, der endliche Sieg werden wird. Diejenigen freisinnigen Katholiken, die bis jetzt aus Hoffnungslosigkeit nicht mit uns gegangen sind, mögen bedenken, daß sich die Bedeutung von solchen geistigen Bewegungen nicht einzig nach äußeren Resultaten bemessen läßt: die entrüstete Auflehnung des menschlichen Geistes und Gewissens gegen Vergewaltigung ist schon ein Resultat an sich.“

Munzinger gehörte bald zu den entschiedensten, intelligentesten und am meisten geachteten Führern der altkatholischen Partei, und noch seine letzte Arbeit war dieser Sache gewidmet. Auch ihr ging daher eine Kraft verloren, welche vollständig zu ersetzen wohl kaum möglich ist, und wie tief der Verlust gefühlt wurde, davon zeugen die öffentlich gewordenen Kundgebungen.

Der Raum gestattet kein tieferes Eindringen, noch auch eine Schilderung der Thätigkeit Munzingers auf anderen Gebieten; es würden ihrer zu viele sein, denn wo es einen guten und edeln Zweck zu verfolgen galt, da sind wir sicher, ihn unter den Vordersten zu treffen. Nur an die Musik will

ich noch erinnern, deren Pflege in seiner Familie heimisch und herkömmlich ist und für deren Hebung in unserer Stadt er so unermüdlich thätig gewesen ist. Die Gründung der Musikschule ist großentheils sein Werk, und es werden seit einer Reihe von Jahren wenige musikalische Aufführungen in Bern stattgefunden haben, wobei er nicht in irgend einer Weise mitgewirkt hätte. Selbst ein gründlich gebildeter Kenner der Musik, übte er sie zu seiner Erholung und zu seiner Freude, und wenn die Erinnerung an seine Gattin, an unaussprechliches, aber bald wieder entschwundenes Glück, übermächtig in ihm zu werden drohte, so half sie ihm die dunkeln Gewalten bekämpfen, und wenn die Töne verklangen, so hatte sich auch der Sturm in seinem Inneren gelegt und die Ruhe war wieder eingekehrt. Jetzt ruht er auf dem nämlichen Friedhof, der auch die sterblichen Hüllen seiner Gattin und seines Vaters birgt, und die Erde, die seine Lieben deckt, möge auch ihm leicht sein.

Munzinger erkrankte in der zweiten Hälfte des Monats April an einem Halsübel, welchem er in der Nacht vom 28./29. April erlag. Die Nachricht von seinem Tode wirkte erschütternd auf Behörden und Privaten und alle Schichten der Gesellschaft, mit gleichem Schmerze alle erfüllend. Sein Leichenbegängniß fand am 2. Mai statt und war das großartigste und feierlichste, an das jetzt lebende Menschen sich in Bern zu erinnern vermögen. Aus der ganzen Schweiz waren seine Freunde herbeigeeilt, um dem geliebten und verehrten Todten die letzte Ehre zu erweisen.

Munzinger war mein Studiengenosse in Bern, sein Bruder Werner war es in München; wir bestanden zusammen das bernische Staatsexamen und an meiner Hochzeit nahm er als Brautführer Theil. Letzten Herbst vertraten wir gemeinsam die Berner Hochschule an dem Münchner Jubiläum, und ich konnte mich der allgemeinen Achtung freuen, die jedermann ihm erwies; noch oft haben wir seither der frohen Stunden gedacht. Das kann nun nicht mehr

geschehen, denn sie haben diesen guten Mann begraben, und ich kann beifügen — mir war er mehr!

Indem ich diesen dem Andenken meines unvergeßlichen Freundes gewidmeten Nachruf schließe, freue ich mich, anzeigen zu können, daß ein umfassenderes Lebensbild von den Herren Dietschi in Olten und Leo Weber in Solothurn ausgearbeitet wird und in Kurzem der Presse übergeben werden kann.

Prof. K. G. König.

Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Oktober, November, Dezember 1872.

1) Begehren um Erneuerung der Rechtsversicherung, weil die geleistete verloren gegangen sei, wird abgewiesen.

Wäffler gegen Rösti.

3. Oktober 1872.

Motive:

Daß allerdings die Sicherheit, welche Chr. Wäffler f. Z. dem Prozeßgegner G. Rösti bestellt hat, nicht mehr existirt, indem der betreffende (Bürgschafts-) Akt als verloren gegangen zu betrachten ist;

daß im Verhältniß der Parteien unter sich dieser Verlust einem Zufall beizumessen ist;

daß dieser Zufall vom Berechtigten zu tragen ist (Analog. der S. 975) und als Berechtigter hier derjenige erscheint, dem die Sicherheit geleistet wurde, resp. G. Rösti, indem:

a. der Bürgschaftsakt zu seinen Handen auf der Amtsgerichtsschreiberei Frutigen deponirt und ihm diese Deposition f. Z. notifizirt wurde;
b. diese Deposition einer Zustellung des Aktes gleich zu achten ist;

daß die Sicherheitsleistung nur einmal, im Anfang des Rechtsstreites, verlangt werden kann, die Fälle vorbehalten, wo die Thatsache, welche das Begehren begründet, erst während der Prozeßverhandlung eintritt (§ 52 P.);
daß kein solcher Fall hier vorliegt.

Anmerkung. Wie würde wohl der Fall zu entscheiden sein, wenn als Sicherheit deponirte Werthpapiere auf der Gerichtsschreiberei abhanden kämen? oder wenn der Bürge in Geltstag fallen würde?

2) Eine Partei ist nicht berechtigt, die Edition des Briefwechsels der Gegenpartei mit ihrem Anwalte zu verlangen.

Schmitter und Comp. gegen Pfister und Lippacher.

(4. Oktober 1872.)

Motive:

Daß der fragliche Briefwechsel als Miteigenthum des Lippacher und seines Anwaltes zu betrachten ist und letzterer hier als dritte Person (§ 206 P.) erscheint;
daß Fürsprecher Pfister, weil er im vorliegenden Fall zur Ablegung eines Zeugnisses nicht verbunden wäre (§ 219 P.), auch nicht zur Edition verpflichtet ist.

3) Vaterschaftsklage; uneinläßliche Antwort begründet durch unzüchtiges Leben der Klägerin zugesprochen.

Sam. Schneeberger gegen Maria Jegerlehner.

(5. Oktober 1872.)

Motive:

Daß durch die Aussagen der abgehörten Zeugen hergestellt ist, daß die Klägerin vor und während der kritischen Zeit nächtliche Besuche von Dritten, worunter ein Ehemann, angenommen, wobei die Betreffenden mit ihr in's Bett gingen, sowie daß sie mit einer dieser Personen fleischlichen Umgang während der kritischen Zeit gepflogen hat;
daß hiedurch das unzüchtige Leben der Klägerin konstatirt wird;

daß das Gesetz (S. 185, Ziff. 2 C.) nicht verlangt, daß der Beweis des unzüchtigen Lebens durch ein Strafurtheil geführt werden müsse, sondern nach der Fassung desselben das Urtheil darüber dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist;

daß demnach der Fall der angerufenen Gesetzesbestimmung vorhanden ist.

Die uneinläßliche Antwort wurde vom Appellations- und Kassationshof zugesprochen in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils, welches der Klägerin trotz des geführten Beweises den Ergänzungseid zuerkannt hatte.

4) In einer Vaterschaftsstreitigkeit wird der Klagsanspruch nicht als zugestanden angenommen, weil der Beklagte zwar keinen Abweisungsschluß angebracht, dagegen sowohl Vaterschaft als Umgang bestritten hatte.

Chr. Urfer gegen Kath. Trachsel.

(10. Oktober 1872.)

Motive:

Daß der Beklagte, wenn er auch keinen förmlichen Abweisungsschluß gestellt, doch das Fundament der Klage bestritten hat;

daß die Bestimmungen über das Verfahren in Paternitätsfällen in mehrfachen Beziehungen von dem gewöhnlichen Civilprozeßverfahren abweichen und einen mehr amtlichen Charakter an sich tragen;

daß insbesondere jeweilen, wenn dem Gerichte noch Zweifel über die Schuld oder die Unschuld des Beklagten übrig bleiben, auf den Ergänzungseid zu erkennen ist (S. 194 C.);

daß daher durch die gedachte Unterlassung der Klagsanspruch nicht als erwahrt oder anerkannt anzusehen, sondern eine weitere Beweisführung durch den Ergänzungseid nothwendig ist;

daß dagegen uneinläßliche Antwortsgründe, welche der Beklagte nicht angebracht hat, nicht von Amteswegen ergänzt und vorausgesetzt werden können, folglich die heutige Behauptung, daß die Klägerin ihre Aussage über den Urheber ihrer Schwangerschaft abgeändert habe, außer Betracht fällt;

daß die Klägerin die günstigere Vermuthung für sich hat.

In Abänderung des erstinstanzlichen Urtheiles wurde daher vom Appellations- und Kassationshofe noch auf Beweisführung erkannt und der Klägerin der Ergänzungseid auferlegt.

5) Gestützt auf den mündlichen Verzicht eines Dienstbarkeitsberechtigten auf eine ihm zustehende Servitut kann der Eigenthümer des dienenden Grundstückes die Löschung in den Grundbüchern verlangen.*)

v. Känel gegen Kistler.

(10. Oktober 1872.)

Motive:

Daß der Beklagte konstatirtermaßen dem Kläger die Zusicherung ertheilte, gegen Ausrichtung einer Entschädigung von Fr. 160 auf die ihm zustehende Wegdienstbarkeit zu verzichten;

daß sich nun frägt, ob ein solcher mündlicher Verzicht gültig und klagbar sei;

daß wenn auch der in Frage stehende Verzicht vom Gesichtspunkte des Vertragsverhältnisses aus aufgefaßt wird, „die Förmlichkeiten, wie schriftliche Abfassung u. s. w., zu der Gültigkeit eines Vertrages nur insofern nothwendig sind, als sie durch das Gesetz vorgeschrieben oder für den besondern Fall von den Contrahenten verabredet worden (S. 686 C.);

daß letzteres nicht der Fall ist, dagegen allerdings für die Erwerbung von binglichen Rechten durch die S. 434, 449 und 483 die Errichtung von Urkunden und die Fertigung derselben vorgeschrieben sind;

daß jedoch diese Vorschriften nicht auf die Erlöschung von Dienstbarkeiten angewendet werden können, indem die S. 473 bis 475 besondere Bestimmungen für diesen Fall enthalten;

daß nach diesen Spezialbestimmungen dingliche Dienstbarkeiten u. a. durch Verzichtleistung des Berechtigten aufhören, in welchem Falle, wofern die Dienstbarkeit zugefertigt war, der Eigenthümer des berechtigten Grundstückes den Verzicht bei dem Untergerichte zu Protokoll geben soll (S. 474 C.);

daß der Erlöschungsgrund mit der Thatsache des Verzichtes bereits eintritt und die Erklärung vor dem Untergericht die

*) Vergl. Zeitschrift für vaterl. Recht, Bd. XI, p. 111.

einzige Förmlichkeit ist, welche die zitirten Satzungen für die Erlöschung selbst vorschreiben;

daß das Gesetz vom 24. Dezember 1846 die Vorschrift der S. 474 C. nicht weiter abgeändert hat, als daß der Einwohnergemeinderath an Platz des Untergerichtes getreten ist, namentlich dasselbe nicht schriftliche Abfassung der Verzichtserklärung verlangt, indem im § 1 ausdrücklich gesagt ist, daß die Urkunden über dingliche Rechte, welche bis jetzt den Untergerichten vorgelegt werden mußten, künftighin u. s. w.;

daß der Grund, warum bei Erwerbung von dinglichen Rechten schriftliche Abfassung nothwendig und vorgeschrieben worden ist, bei solchen Verzichtleistungen nicht zutrifft, indem eine Beschreibung des betreffenden Rechtes mit Angabe seines Umfanges u. s. w. hier nicht nöthig erscheint.

6) Bei Berechnung einer Ersitzungsfrist sind allgemeine Rechtsstillstände, wie der unterm 16. Juli 1870 im Kanton Bern verhängte, nicht in Abrechnung zu bringen, so wenig als dieß bezüglich der Gerichtsferien der Fall sein könnte, welche in die nämliche Frist fallen.

Wandfluh gegen Winkler.

(11. Oktober 1872.)

7) Wenn sich aus den Akten hinlängliche Beweisgründe ergeben, so kann auch ohne weitere Beweisführung ein Scheidungsurtheil ausgefällt werden, namentlich wenn die beklagte Partei ausgeblieben, ihr Aufenthalt unbekannt und ihre Vertheidigung versäumt erklärt worden ist.

Blaser gegen Blaser.

(12. Oktober 1872.)

Motive:

Daß zwar eine den Prozeßvorschriften vollkommen entsprechende Beweisführung nicht stattgefunden hat, dessenungeachtet aber die Aktenergebnisse die Ueberzeugung begründen, daß das Verhalten des Ehemannes Blaser gegen seine Ehefrau und seine Kinder ein so pflichtwidriges ist, daß ein gedeihliches Fortbestehen

der zwischen den Parteien bestehenden Ehe nicht erwartet werden darf, sondern daß vielmehr die Fortdauer der Ehe für die Ehefrau Blaser eine fortwährende Quelle von Kummer und Kränkungen bilden müßte, indem:

a. aus den verschiedenen bei den Akten liegenden, unter sich übereinstimmenden schriftlichen Privatzeugnissen mit genügender Sicherheit hervorgeht, daß der Ehemann Blaser seine Ehefrau in hohem Grade vernachlässigt, da er meist abwesend ist und sich selten bei seiner Familie zeigt, wie denn auch gegenwärtig sein Aufenthalt unbekannt ist; daß er sich, wenn er seltener Weise nach Hause kommt, gegen Frau und Kinder auf rohe und lieblose Weise beträgt; daß er sich öfters auf eine für die Ehre seiner Ehefrau sehr verletzende Weise geäußert und bei verschiedenen Anlässen auf das deutlichste zu erkennen gegeben hat, daß es ihm nicht nur an aller Liebe für seine Kinder mangelt, sondern daß deren Dasein für ihn ein Gegenstand des Aergers ist, welche unnatürliche Gesinnung des Ehemannes ganz besonders kränkend für die Ehefrau sein muß;

b. Sowohl der Kirchenvorstand von Thurnen als die eigene Familie des Ehemannes Blaser die Trennung der Ehe für nothwendig halten und empfehlen, was einen wesentlichen Grund für die Annahme abgibt, daß die Fortdauer der Ehe der Eheleute Blaser nur üble Folgen haben würde;

daß unter diesen Umständen der Ehemann Blaser als der schuldige Theil erscheint;

daß es bei der unzweifelhaften Abneigung des Ehemannes Blaser gegen seine Kinder und bei dem beinahe ununterbrochen herumschweifenden Leben desselben unzulässig erscheint, ihm eines oder mehrere der aus der Ehe vorhandenen Kinder zur Verpflegung und Erziehung zuzusprechen.

Anmerkung. Unzweifelhaft lagen Gründe genug vor, um eine Scheidung der Ehe auszusprechen, allein nicht genug, um anzunehmen, der Ehemann sei unbekannt abwesend. Eine solche Abwesenheit ist nicht vorhanden, wenn der Ehemann in einem Nachbarkanton auf Arbeit ist, und die Gerichtspräsidenten sollten jeweilen strengere Nachweise verlangen, bevor sie, namentlich in Scheidungssachen, eine Ediktalladung bewilligen. K.

8) Ein Notar kann eine letzte Willensverordnung einem Angestellten diktiren, und aus dem Ausdruck „in die Feder geben" darf nicht geschlossen werden, daß der Notar sich nicht der Feder eines Dritten bedienen dürfe. Bei dem Testamente eines Bevogteten endlich ist die Bescheinigung des „gesunden Verstandes und der Willensfreiheit" durch die Zeugen nicht wesentlich.

Lüthy geb. Eichenberger gegen Johann und Chr. Eichenberger.

(17. Oktober 1872.)

Unterm 23. Juli 1863 errichtete Peter Eichenberger von Landiswyl eine letzte Willensverordnung, worin er zu Gunsten seiner Tochter, der Frau Lüthy geb. Eichenberger, über einen Drittheil seines freien Vermögens verfügte. Nach seinem Tode wurde dieselbe von Johann und Chr. Eichenberger angegriffen, weil sie mit innern und äußern Mängeln behaftet sei, welche ihre Gültigkeit ausschließen, indem:

a. Eichenberger im Momente der Errichtung der Verordnung nicht in demjenigen Zustand der absoluten Freiheit sich befunden und nicht diejenigen Eigenschaften besessen habe, die das Gesetz zu diesem Geschäfte verlange;

b. bei Errichtung der letzten Willensverordnung nicht alle im Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden seien.

Eichenberger sei wegen Altersschwäche bevogtet worden und er habe seine letzte Willensverordnung offenbar unter dem Einfluß der Umgebung der einzig interessirten Tochter gemacht. Dieselbe sei aber nicht, wie das Gesetz es vorschreibe, vom Notar und dem außerordentlichen Beistande unterzeichnet, vielmehr schließe sie mit dem Satze: „angegeben, verfaßt, abgelesen und unterschrieben in der Wohnung des Testators, im Rohr zu Biglen, drei und zwanzigsten Juli eintausend achthundert neun und sechszig, den 23. Juli 1869." Die Unterschriften des Notars und des Beistandes, die diesem Schlußsatze nun unmittelbar hätten folgen sollen, fehlten aber hier, und der unterschriftlosen Verordnung selbst folge dann folgende, von der Hand des außerordentlichen Beistandes geschriebene, von ihm und dem Notar unterschriebene Bescheinigung:

„Daß ich, der außerordentliche Beistand, dem Peter Eichenberger im Rohr zu Biglen diese letzte Willensverordnung wörtlich

abgelesen und er solche richtig abgefaßt befunden habe, bescheint sub dato obstaht.

„Der außerordentliche Beistand:
„Sig. Samuel Studer.
„Der Stipulator:
„N. Schneider, Notar 2c.“

Ferner bestritten die Kläger die materielle und formelle Richtigkeit der Zeugenbescheinigung. Die Verordnung sei vom Testator dem Notar nicht in Gegenwart der Zeugen, überhaupt gar nicht in die Feder gegeben worden. Als es sich um die Abfassung des Testamentes des P. Eichenberger gehandelt habe, hätten sich vorerst der Notar und der außerordentliche Beistand zu dem Testator in seine Wohnung begeben und, ohne daß Zeugen dabei gewesen wären, habe hier der Testator dem Notar seine Angaben, wie er das Testament abgefaßt wissen wolle, gemacht. Ueber diese Angaben habe der Notar seine Notizen aufgenommen. Erst hierauf seien Herr Fr. Alex. Blaser und Herr Dr. Leuenberger berufen worden. Bei ihrem Erscheinen habe ihnen der Notar eröffnet, Eichenberger wünsche durch ihn ein Testament verfassen zu lassen, dessen Inhalt er ihm bereits mitgetheilt und worüber er Notizen aufgenommen habe. Diese letzteren habe er nun dem Testator vorgelesen, worauf derselbe seine Zustimmung ausgesprochen haben solle. Erst auf dieses hin sei das Testament niedergeschrieben worden, und zwar nicht von dem Notar, sondern von Jemand anders. In der Zeugenbescheinigung fehle das Zeugniß, daß der Testator seine Erklärungen bei gesundem Verstande abgegeben habe. Endlich habe Dr. Leuenberger der Testamentsverhandlung nicht als Zeuge und mit dem Bewußtsein seiner Zeugenqualität beigewohnt, vielmehr geglaubt, er sei berufen worden, um den geistigen Zustand des Testators zu untersuchen. Deßhalb habe er auch den Formalitäten der Verhandlung keine Aufmerksamkeit geschenkt und auch nicht gewußt, ob das Testament dem Notar in die Feder gegeben worden und ob es nach Gesetzesvorschrift vorgelesen und unterzeichnet worden sei. In Bezug auf diese Vorgänge sei Herr Leuenberger gar nicht Zeuge, und wenn er gleichwohl die Existenz derselben bescheinige, so sei dieß offenbar aus Unkenntniß und wegen unrichtiger Auffassung seiner Stellung geschehen.

Die Klage wurde erstinstanzlich zugesprochen, oberinstanzlich dagegen abgewiesen, unter Annahme folgender

Motive:

1) Daß die Kläger ihr auf Ungültigkeitserklärung der unterm 23. Juli 1863 von Peter Eichenberger errichteten letzten Willensverordnung gerichtetes Rechtsbegehren auf die Behauptung stützen, der Testator habe sich im Zeitpunkte der Errichtung der Verordnung nicht im Zustand der Besonnenheit und der Willensfreiheit befunden, und überdieß seien verschiedene vom Gesetz vorgeschriebene Förmlichkeiten nicht beobachtet worden;

2) daß, was den geistigen Zustand und die Willensfreiheit des Testators, Peter Eichenberger, betrifft, der den Klägern obliegende Beweis mißlungen ist, indem, wenn auch einige Zeugen über das Verhalten des Peter Eichenberger — bei einzelnen vor der Errichtung seiner letzten Willensverordnung stattgehabten Begegnungen mit demselben, Angaben machen, die auf eine bedeutende Verminderung seiner Geistesfähigkeiten schließen ließen, dagegen die Testamentszeugen Blaser und Dr. Leuenberger ausdrücklich erklären, daß sich Peter Eichenberger im Zeitpunkt der Errichtung seiner letzten Willensverordnung einen deutlichen Begriff von der Handlung habe machen können, und daß er sich im Zustande der Besonnenheit und Willensfreiheit befunden habe, zu welcher Ansicht Dr. Leuenberger, seiner Erklärung nach, infolge einer einige Tage vor der Verhandlung speziell vorgenommenen Untersuchung gelangt ist;

3) daß, was die angebliche Nichtbeobachtung gesetzlich vorgeschriebener Förmlichkeiten betrifft, keiner der in dieser Beziehung gemachten Einwürfe die Ungültigkeit der angefochtenen letzten Willensverordnung zu begründen vermag, indem:

a. die auf die Umstände, daß der stipulirende Notar die Verordnung nicht eigenhändig geschrieben, und daß der Testator dem Notar seine Willensmeinung schon vor der förmlichen Testamenterrichtung eröffnet habe, gestützte Behauptung, der Testator habe seine Verordnung nicht einem Notar in Gegenwart seines Beistandes und der Zeugen in die Feder gegeben (Satz. 568 C.), nicht als erwiesen betrachtet werden kann, sondern als unrichtig erscheint, da:

aa. nach dem Ergebniß des stattgehabten Zeugenbeweises der Notar dem Testator die über dessen Willensmeinung vorher gemachten Notizen in Gegenwart des Beistandes und der Zeugen deutlich vorgelesen und ihn dann ausdrücklich gefragt habe, ob er es verstanden habe, worauf der Testator erwidert hat, ja, so habe er es gewollt, sich jedoch mit dieser Bei-

stimmnng nicht begnügt, sondern ausdrücklich erklärt hat, Eisi, seine Tochter, müsse, so weit er verfügen könne, den dritten Batzen zum Voraus erhalten;

bb. erst nach dieser ausdrücklichen und deutlichen Willenserklärung des Testators, die derselben vollkommen entsprechende letzte Willensverordnung niedergeschrieben und vom Notar unterzeichnet wurde, durch welche, in einer einheitlichen Verhandlung stattgehabten Vorgänge, der Vorschrift der Satz. 568 C., daß der Testator seine Verordnung einem Notar in die Feder geben müsse, ein Genüge geleistet worden ist, wenn gleich die Verordnung nicht vom Notar eigenhändig geschrieben wurde;

b. der Umstand, daß der Testator, obschon nicht er persönlich, sondern ein Notar die letzte Willensverordnung verfaßt hat, selbstredend auftritt, durchaus keinen Grund zur Ungültigkeit der Verordnung gibt, da diese Sprachform bei notarialischen Willensverordnungen durch keine Gesetzesvorschrift untersagt ist;

c. die Behauptung, daß das „Zeugenbescheinigung" überschriebene, von den Herren Blaser und Dr. Leuenberger unterzeichnete Verbal im Grund gar keine Zeugenbescheinigung sei, weil im Eingang die Erklärung fehle: „daß die Unterzeichner bescheinigen, daß" u. s. w., keine Berücksichtigung verdient, weil es sich hier um einen bloßen Sprachfehler handelt, welcher dem Inhalt dieses Verbals seine rechtliche Wirkung als Zeugenbescheinigung um so weniger nehmen kann, als die Ueberschrift „Zeugenbescheinigung" keinen Zweifel über die Bedeutung des Verbals zuläßt;

d. auch der Umstand, daß in der Zeugenbescheinigung nicht bezeugt ist, daß der Testator seine Erklärungen bei gesundem Verstand abgegeben habe, die Ungültigkeit der letzten Willensverordnung nicht zur Folge hat, da die Satz. 568 C., welche alle für die Gültigkeit der letzten Willensverordnung einer bevogteten Mannsperson nothwendigen Erfordernisse aufstellt, diese Bescheinigung nicht vorschreibt und in keinem Zusammenhang mit den S. 565 und 566 steht, von denen die erstere allerdings die Bescheinigung des gesunden Verstandes des Testators vorschreibt;

e. endlich auch der Umstand, daß der Testamentszeuge Dr. Leuenberger geglaubt hat, er sei nicht sowohl in dieser Eigenschaft,

als zum Zwecke, den geistigen Zustand des Testators zu konstatiren, zu der Testamentsverhandlung berufen worden. der Gültigkeit der letzten Willensverordnung keinen Eintrag thut, da Herr Leuenberger der ganzen Verhandlung beigewohnt und die Zeugenbescheinigung mitunterzeichnet hat.

9) Mitbürgen haften unter sich solidarisch und der zahlende Bürge kann daher von jedem Mitverpflichteten alles nach Abzug seines Theiles Uebrigbleibende einfordern.

Schmidlin gegen Hamberger.

(18. Oktober 1872.)

Die Herren Hamberger, Schmidlin und Maurer verpflichteten sich der Depositokassa der Stadt Bern gegenüber als unbedingte Bürgen für einen der Jungfer Mina Durheim eröffneten Kredit von Fr. 15,000 nebst Zinsen und Folgen. Mittelst Zahlungsaufforderung vom 9. und 14. Dezember 1871 hob die gläuberische Kasse die Betreibung gegen Jungfer Durheim an für den Saldo vom 30. Juni 1871 und ließ sodann durch Zahlungsaufforderung vom 5. Februar 1872 von den drei Bürgen den Saldo vom 31. Dezember 1871 von Fr. 16,333. 75 sammt Zins und Folgen rechtlich einfordern und jedem derselben ein Doppel zustellen. Den 20. Merz 1872 bezahlte der eine Bürge Schmidlin die Gläubigerin und ließ sich ihre Rechte gegen die Hauptschuldnerin und die Mitbürgen abtreten. Hierauf gestützt erwirkte er nun einen Vollziehungsbefehl gegen Hamberger für zwei Drittheile der bezahlten Summe, wogegen derselbe nachträglich Widerspruch erhob, weil er nicht zwei Drittheile der Forderung schuldig sei, sondern nur einen Drittheil. Nach Inhalt der Zahlungsaufforderung sei nämlich von Hamberger nur ein Drittheil der Gesammtforderung verlangt worden, indem alle drei Bürgen gemeinschaftlich belangt worden seien. Nach dem am 1. April 1872 ausgewirkten Vollziehungsbefehl sei jedoch auf den Inhalt dieser Zahlungsaufforderung keine Rücksicht genommen worden, sondern statt ihn nur entweder für den dritten Theil oder aber gemeinschaftlich mit dem Mitbürgen, Herrn Maurer, für zwei Drittheile zu belangen, würden jetzt zwei Drittheile der ursprünglichen Forderung von ihm verlangt und Maurer zum Nachtheil des Impetranten ganz außer Betracht gelassen.

In seiner Hauptvertheidigung beantragte Schmidlin: Hamberger sei mit dem gestellten Kassationsbegehren abzuweisen,

eventuell er sei damit in soweit abzuweisen, als in demselben ein Mehreres als die Herabsetzung der am 13. April 1872 bewilligten Vollziehung und am 15. April angekündigten Pfändung auf ein Drittheil der geforderten zwei Drittheile von Fr. 16,333. 75 sammt Zins und Folgen anbegehrt werde.

In erster Instanz wurde dem Herrn Schmidlin nur sein eventuell gestelltes Rechtsbegehren zugesprochen, und zwar unter Wettschlagung der Kosten. Gegen dieses Urtheil ergriff er das Rechtsmittel der Appellation.

In oberer Instanz wurde dagegen in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils das gestellte Kassationsbegehren ganz verworfen und der Vollziehungsbefehl aufrecht erhalten.

Motive:

Daß durch das erstinstanzliche Urtheil die Vollziehung bezüglich eines Drittheils von Fr. 16,333. 75 als statthaft anerkannt worden ist und Hamberger gegen dieses Urtheil nicht appellirt hat, somit nur noch die Vollziehung in Betreff des letzten Drittheils der Fr. 16,333. 75 in Frage steht;

daß wenn Schmidlin sich darauf berufen wollte, daß Hamberger nicht in gesetzlicher Weise nachträglich Widerspruch erhoben habe, er uneinläßlich hätte antworten müssen;

daß wenn auch derselbe, nachdem er die Forderung der Depositokassa eingelöst, anfänglich beide Mitbürgen Hamberger und Maurer belangen wollte, dieser Absicht keine Folge gegeben wurde, indem dem Maurer die Zahlungsaufforderung nie angelegt worden zu sein scheint, und somit hieraus nichts gegen den Beklagten hergeleitet werden kann;

daß es sich bloß noch frägt, ob die Mitbürgen unter sich ebenfalls solidarisch haften und demnach der zahlende Bürge (Schmidlin) von jedem Mitverpflichteten (hier Hamberger) alles nach Abzug seines Theils Uebrigbleibende (also hier zwei Drittheile) einfordern könne?

daß diese Frage zu bejahen ist, indem:

a. der Bürge, welcher den Gläubiger bezahlt, sich von diesem den Forderungstitel übertragen läßt (nach S. 923 C.) und nach diesem Titel berechtigt ist, jeden Mitverpflichteten für das Ganze zu belangen;

b. überhaupt der Bürge in der gleichen Stellung wie andere Solidarverpflichtete sich befindet, nach S. 695 C. (auf welche S. 923 C. hinweist) der zahlende Solidarverpflichtete

an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers trittet und auf ihn das Recht dieses Gläubigers, nach Abzug seines Theiles jeden der übrigen Solidarverpflichteten für das Ganze belangen zu können, übergeht.

10) Die Bedingung einer letzten Willensverordnung, wonach Liegenschaften nur an gewisse Personen unter der Bedingung fallen sollen, daß sie dieselben zu ihrem bleibenden Wohnsitz machen, ist zulässig und erst dann als erfüllt anzusehen, wenn das Gegentheil nicht mehr eintreten kann.

J. Wyß gegen Johann Flückiger.

(7. Novembre 1872.)

In einer vom 3. Dezember 1862 datirten Eheverkommniß nahmen die Eheleute Friedrich Scheidegger und Elisabeth geb. Zürcher für den Fall des Verabsterbens die Bestimmung auf, daß gewisse Liegenschaften, die namentlich bezeichnet wurden, auf seine Seite zurückfallen sollen, „alles unter der Bedingung, daß diese Liegenschaften nur von den Söhnen seiner Geschwister, mit Ausschluß jedoch der Söhne der Schwester Maria geb. Scheidegger, verehelicht an Andreas Flückliger in Dürrenroth, besessen und bewohnt werden dürfen. Will keiner dieser genannten Söhne die vorbezeichneten Liegenschaften zum bleibenden Wohnsitz erwerben, so soll die Frau Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher berechtigt sein, solche um die Summe von Fr. 45,000 an sich zu ziehen, indem solche ohne bestimmte Einwilligung der letztern durchaus nicht an fremde Personen veräußert werden dürfen.“

Am nämlichen Tage verfaßte Scheidegger auch ein Testament, worin er seine Geschwister und die Kinder eines vorverstorbenen Bruders zu Erben berief. Nach seinem Tode übernahm nun der Geschwistersohn Jakob Wyß, Sohn der Katharina geb. Scheidegger, die den Testamentserben zugefallenen Liegenschaften und notifizirte hierauf der Wittwe des Erblassers: daß zwischen ihm und seinen übrigen Mitberechtigten ein Erbauskauf stattgefunden habe, in Folge welches er die in der Eheverkommniß erwähnten Liegenschaften übernommen habe, und daß er dieselben zu seinem bleibenden Wohnsitze haben wolle; der daherige Vertrag enthalte denn auch folgenden Passus: „Der Käufer übernimmt die vorbeschriebene Liegenschaft nach Inhalt und nach Mitgabe der Eingangs allegirten Eheverkommniß vom 3. Dezember 1862, um solche zum bleibenden Wohnsitz zu machen.“

Die Bedingung der Eheverkommniß, vorausgesetzt, daß sie rechtsgültig sei, was bestritten werde, sei daher erfüllt; andererseits aber sei auch das eventuelle Rechts der Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher erloschen, weil sie sich seither wieder verheirathet habe. Ferner beziehe sich das Verbot des Erblassers, ohne Einwilligung seiner Ehefrau die Liegenschaften an jemand Anderes als an einen Neffen zu veräußern, nicht auf den Nachbesitzer seiner Erben: Nun sei er selbst nicht Erbe des Scheidegger, sondern nur Nachbesitzer eines Erben, und eine vertrags- oder testamentarische Bestimmung, wodurch nicht nur den Erben, sondern auch deren Nachbesitzern untersagt werde, zur Erbschaft gehörende Liegenschaften an fremde Personen zu veräußern, sei weder rechtsgültig noch verbindlich.

Da sich die Notifikatin jedoch mit dieser Auffassungsweise nicht einverstanden erklärte, so trat Jakob Wyß klagend gegen sie auf und stellte drei Rechtsbegehren:

1) Die sog. Bedingung in der Eheverkommniß zwischen den Eheleuten Friedrich Scheidegger und Elisabeth geb. Zürcher, d. d. 3. Dezember 1863, daß die Liegenschaften der erstern nur von den Söhnen seiner Geschwister, mit Ausschluß jedoch der Söhne der Schwester Maria geb. Scheidegger, besessen und bewohnt werden dürfen, sei in Folge der eigenthümlichen Erwerbung und Bewohnung derselben durch den Kläger, Jakob Wyß, als erfüllt zu betrachten.
2) Es sei mithin das der Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher, der gegenwärtigen Ehefrau des Johann Friedrich Flückiger, in der nämlichen Eheverkommniß vom 3. Dezember 1862 eventuell zugesicherte Recht, die Liegenschaften des Friedrich Scheidegger zu Schandeneich um die Summe von Fr. 45,000 an sich zu ziehen, als dahingefallen und erloschen zu erklären.
3) Die sog. Bedingung in der Eheverkommniß zwischen den Eheleuten Friedrich Scheidegger und Elisabeth geb. Zürcher, vom 3. Dezember 1862, daß die Liegenschaften des erstern nur von den Söhnen seiner Geschwister, mit Ausschluß jedoch der Söhne der Schwester Maria geb. Scheidegger besessen und bewohnt werden dürfen, sei, soweit nicht erfüllt, nicht rechtsgültig und nicht rechtsverbindlich.

Die Beklagte bestritt die rechtliche Begründetheit der Klage des Wyß, und der Appellations- und Kassationshof, welchem die Streitsache mit Umgehung des Amtsgerichtes vorgelegt wurde, wies den Kläger mit sämmtlichen Begehren ab.

Motive:

Daß die in der Eheverkommniß vom 3. Dezember 1862 aufgestellte Bedingung, daß die in Frage stehenden Liegenschaften nur von den Söhnen der Geschwister des Friedrich Scheidegger, mit Ausnahme jedoch der Söhne der Schwester Maria geb. Scheidegger besessen und bewohnt werden dürfen, resp. das der Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher eventuell zugesicherte Recht auf diese Liegenschaften, weder durch positive Gesetze verboten, noch der Moral zuwider, somit als erlaubt und rechtsgültig anzusehen ist;

daß diese Bedingung für den Kläger verbindlich ist, indem er gleich wie die testamentarischen Erben des Friedrich Scheidegger nur unter fraglicher, in der Eheverkommniß aufgestellter Bedingung die Liegenschaften desselben erworben hat;

daß dieselbe durch die Uebernahme der fraglichen Liegenschaften Seitens des Jakob Wyß mit der Erklärung, dieselben zu seinem bleibenden Wohnsitz zu machen, oder dadurch, daß Jakob Wyß dieselben bisher besessen und bewohnt hat, nicht als erfüllt, resp. das eventuelle Recht der Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher nicht als dahingefallen anzusehen ist, indem für diese Ansicht:

a. sowohl der Wortlaut der Eheverkommniß als die daraus sich ergebende Absicht der Contrahenten spricht;
b. die Bedingung, unter der Jakob Wyß die Liegenschaften erworben hat, noch als schwebend anzusehen, und so lange dieses der Fall, das Recht der Beklagten nicht erloschen ist;

daß endlich sich aus der Eheverkommniß nicht ergibt, daß die bezeichneten Liegenschaften der Elisabeth Scheidegger geb. Zürcher nur für den Fall eventuell zugesichert worden sind oder werden sollten, daß sie Wittwe bleibe, und daher anzunehmen ist, daß dieses Recht deßwegen, weil sie sich wieder verheirathet hat, nicht erloschen ist.

11) Beweiseinrede gegen eine Urkunde wegen sichtbarer Veränderung derselben.

Zurbuchen gegen Spar- und Leihkasse in Thun.

(8. November 1872.)

Im Geltstage des Chr. Blatter wurde Zurbuchen, gestützt auf eine Obligationsforderung, in der fünften Klasse fruchtbar

angewiesen. Gegen diese Kollokation erhob die Spar- und Leihkasse in Thun Einsprache und beantragte: es solle Zurbuchen aus der fünften Klasse in die sechste verwiesen und eventuell jedenfalls der Einspruchsklägerin nachgehend angewiesen werden.

In dem daherigen Prozesse machte sie namentlich geltend, der Obligation habe ursprünglich die Verschreibung von Habe und Gut gefehlt und sei erst später nachgetragen und eingeschaltet worden, und zwar offenbar zu einer Zeit, wo der Aussteller dazu nicht mehr berechtigt gewesen sei.

In seiner Hauptvertheidigung behauptete dagegen der Einspruchsbeklagte, die fragliche Schuldschrift entspreche allen gesetzlichen Anforderungen und rief als Beweismittel die Urkunde selbst an. Mit Rücksicht auf diese Beweisantretung erhob die Klägerin eine Beweiseinrede, dahin gehend: „es gelte der ursprüngliche Inhalt und es sei die Einschaltung „mit unserer Habe- und Gutsverbindung" nicht zu berücksichtigen und nicht beweiskräftig."

Diese Beweiseinrede wurde in beiden Instanzen zugesprochen; in oberer unter Annahme folgender

Motive:

Daß in der fraglichen Schuldschrift vom 23. Sept. 1865 die Worte „mit unserer Habe- und Gutsverbindung" nicht bei Ausstellung der Schuldschrift, sondern sichtbar erst später eingeschaltet wurden;

daß, während die Schuldschrift erst unterm 23. Sept. 1865 in Habkern geschrieben worden ist, die Einschaltung ohne Zweifel am 19. April 1870 zu Bleienbach zu einer Zeit, wo der Aussteller Christen Blatter bereits vergeltstagt war, beigesetzt wurde;

daß somit der Fall des § 209 P. vorliegt.

12) Einfluß des Strafurtheils auf den Civilpunkt.

Wyler'sche Familienkasse in Oberendingen gegen G. Fankhauser als Vogt des Chr. Kähr.

(14. November 1872.)

Durch Akt vom 8. Februar 1871 erhob die Wyler'sche Familienkasse in Oberendingen gegen G. Fankhauser als Vogt des Chr. Kähr Klage auf Bezahlung einer Summe von Fr. 2200, laut Obligation vom 11. Jenner 1869 und Abtretung vom

24. Jenner 1869 nebst Zins und Folgen. Zu Begründung dieses Anspruches wurde im Wesentlichen Folgendes angebracht.

Unterm 11. Jenner 1869 stellte Chr. Kähr zu Gunsten des Elias Weil, Pferdehändler in Burgdorf, eine notarialische Obligation aus von Fr. 2200, in welcher als Verpflichtungsgrund angegeben wurde die quittirte Herausgabe von drei Schuldbillets und Empfang von baarem Geld. Die Obligation war verzinslich zu $4^{1}/_{2}$ % und auf 11. Jenner 1870 zahlbar ohne weitere Aufkündung. In Folge Abtretung ging sie auf die Wyler'sche Familienkasse über, und da keine Abbezahlung erfolgte, so wurde gegen Kähr die Betreibung angehoben. Der Vogt Fankhauser schlug dagegen das Recht dar, weil der Pupill die geforderte Summe nicht schuldig sei.

In der Hauptvertheidigung wurde von Seiten des Kähr geltend gemacht, die Obligation und Abtretung derselben beruhen auf Betrug des Elias Weil und seien deßhalb ungültig. Kähr sei in den Jahren 1868 und 1869 unter anderm auch von Elias Weil auf betrügerische Weise ausgebeutet und um einen großen Theil seines Vermögens gebracht worden. Diese Ausbeutung sei in der Weise erfolgt, daß einerseits Kähr, ein schwachsinniger, damals 78 Jahre alter Mann, von Elias Weil bewogen worden sei, eine Menge von Schuldverpflichtungen aller Art, Billets, Obligationen und Wechsel, ohne reellen Gegenwerth auszustellen, und andererseits Elias Weil bereits bezahlte, auf Kähr lautende Schuldtitel an Dritte abgetreten habe. In Folge dessen sei er bevogtet und sodann eine Strafuntersuchung wegen Betrugs gegen Weil angehoben worden. Weil sei den Assisen des dritten Geschwornenbezirks überwiesen worden, und die Untersuchung habe sich namentlich auch auf die in Frage stehende Obligation vom 11. Jenner 1869 bezogen.

Bei den Assisenverhandlungen habe sich Kähr, handelnd mit Handen seines Vogtes G. Fankhauser, als Civilpartei konstituirt, und auf sein Verlangen sei auch die Wyler'sche Familienkasse in Oberendingen als civilistisch verantwortliche Partei vorgeladen worden. Dieselbe sei auch erschienen und habe ihre Interessen bei den Verhandlungen gewahrt.

Den Geschwornen sei nun die Frage zur Beantwortung vorgelegt worden: Ob sich der Angeklagte Weil des Betruges zum Nachtheil des Chr. Kähr schuldig gemacht habe, und ob der diesem letztern verursachte Schaden Fr. 300 übersteige?

Hierauf gestützt habe die Civilpartei ihre Anträge auf Kassation der durch das Verdikt der Geschwornen beschlagenen

Werthschriften gestellt, und zwar sowohl für diejenigen, welche sich noch im Besitze des Elias Weil befunden hätten, als für diejenigen, welche von ihm an Dritte abgetreten worden seien. Namentlich sei gegenüber der Wyler'schen Familienkasse der Antrag gestellt worden: „Es sei die ihr von Elias Weil abgetretene Obligation vom 11. Jenner 1869, im Kapitalbetrag von Fr. 2200, nichtig zu erklären." Die Wyler'sche Familienkasse habe auf Abweisung dieses Antrages geschlossen, worauf der Assisenhof in seinem Urtheil bezüglich des Civilpunktes erkannt habe:

1) Alle diejenigen Billete, Schuldverpflichtungen und Wechsel des Chr. Kähr, die sich gegenwärtig noch in den Händen des Elias Weil befinden und von ihm nicht abgetreten worden sind, sind kassirt, ausgenommen der Wechsel vom 12. Februar 1869 im Belaufe von Fr. 450.

2) Die von Elias Weil an Dritte (Wolf-Guggenheim, Wyler'sche Familienkasse, Daniel Weil u. s. w.) abgetretenen Forderungstitel und Wechsel auf Chr. Kähr betreffend, werden dem Kähr alle Rechte zu Bestreitung der Gültigkeit dieser Titel und dieser Abtretungen vorbehalten, indem der Assisenhof von der Annahme ausgeht, daß auch diese von dem Verdikte betroffen werden.

3) Sollte Chr. Kähr, sei es freiwillig, sei es, daß er durch gerichtliches Urtheil dazu genöthigt würde, diese an Dritte abgetretenen Wechsel u. s. w. zu bezahlen, so wird für diesen Fall schon jetzt Elias Weil zur Entschädigung an Kähr im Belaufe derjenigen Summe, die Kähr bezahlen wird, verurtheilt,

In der Replik beschränkte sich die Wyler'sche Familienkasse darauf, zu bestreiten, daß das Urtheil des Assisenhofes sich auf die in Frage stehende Obligation beziehe. In beiden Instanzen wurde die Klage verworfen.

Motive

des oberinstanzlichen Urtheils:

Daß zwar der Assisenhof in seinem Urtheil die eingeklagte Obligation mit Abtretung nicht ausdrücklich nichtig erklärt, jedoch dem Chr. Kähr das Recht, die Gültigkeit dieses Titels zu bestreiten, vorbehalten und ausgesprochen hat, daß derselbe vom Verdikt betroffen werde;

daß hieraus, in Verbindung mit den dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlungen sich unzweifelhaft ergibt, daß die fragliche Obligation nach der Ansicht des Assisenhofes auf Betrug beruht und daher nichtig ist;

daß der Assisenhof kompetent war, die Frage der Gültigkeit der Obligation zu beurtheilen, und er auch in der Lage war, dieses zu thun, indem sämmtliche bei dieser Schuldschrift betheiligten Personen zitirt worden waren, der Assisehverhandlung beiwohnten und ihre Interessen vertheidigt haben;

daß unter diesen Umständen das Urtheil des Assisenhofes im vorliegenden Fall als maßgebend anzusehen ist.

13) Eine Provokation zur Klage ist nicht zulässig, wenn der Provokant selbst klagend auftreten kann.

Scholer gegen Baudirektion.

(15. November 1872.)

Die species facti ergibt sich aus dem Thatbestand, welcher dem Urtheile vorangeht, so unvollständig und mangelhaft, daß wir uns damit begnügen müssen, die

Motive

mitzutheilen.

Daß das Vorhandensein der sub Ziff. 1, 2 und 3 des § 323 P. vorgesehenen Voraussetzungen der Provokationsklage zugegeben ist, und es sich demnach bloß frägt, ob der Fall der Ziffer 4 des genannten Paragraphen vorhanden sei;

daß Parteien darüber streitig sind, welche von ihnen die fragliche Stützmauer wieder herzustellen, resp. zu bezahlen habe, ob, wie der Staat behauptet, Herr Scholer nach § 9 des Gesetzes vom 21. Merz 1834 dazu verpflichtet sei, oder, wie Herr Scholer behauptet, der Staat wegen widerrechtlicher Benutzung derselben und daheriger Schadensersatzpflicht;

daß somit Herr Scholer nach seiner eigenen Behauptung im Falle ist, mit einer Klage, sei es auf Schadensersatz, sei es auf Wiederaufbau der Mauer gegen den Staat aufzutreten;

daß zudem derselbe, indem er die Einstellung der öffentlichen Verfolgung gemäß § 90 St.-R. verlangte, das Vorhandensein eines dinglichen Anspruchs des Staates auf eine unbewegliche Sache (die Stützmauer, als deren Eigenthümer er sich betrachtet) anerkannt hat, und daher im Falle ist, eine Negatorienklage anzustellen;

daß daher Herr Scholer jedenfalls selbst klagend auftreten kann.

14) Ein Weibergutsherausgabeakt wird kassirt, insoweit sich die Ehefrau für den Mehrwerth des Herausempfangenen Schulden des Ehemannes hat überbinden lassen.

Joh. Möri und Anna geb. Blösch gegen Massaverwalter im Geltstag des Johann Möri.

(16. November 1872.)

Unterm 4. Juni 1870 stellte Johann Möri seiner Ehefrau einen Weibergutsempfangschein aus für eine Summe von Fr. 2800, und am 7. Juni schlossen die Eheleute einen Weibergutsherausgabeakt, welcher später Gegenstand gerichtlicher Anfechtung geworden ist. In demselben trat Möri seiner Ehefrau seine Liegenschaften ab im Grundsteuerschatzungswerthe von Fr. 7,360. —
und Beweglichkeiten im Schatzungswerthe von „ 843. 04

Zusammen Fr. 8,203. 04

Auf Rechnung dieser Summe wurden der Ehefrau zur Verzinsung und Abbezahlung überbunden:

1. Hypothekarisch versicherte Pfandschulden im Betrag von . . . Fr. 5,906. 11
3. Drei Forderungen, welche in Folge Betreibung Pfandrecht erworben hatten, im Betrage von . . . . „ 866. 05
2. An Betreibungskosten „ 30. 38

„ 6,803. 04

Die restanzlichen Fr. 1,400. —

sollten die bevorrechtigte Hälfte des Weibergutes ausgleichen. Schon am 1. Juli darauf rief Möri den Geltstag an und es wurde derselbe nach Aufhebung des allgemeinen Rechtsstillstandes unterm 10. September abhin auch wirklich erkannt. Seine Geltstagsgläubiger beschlossen nun, den erwähnten Weibergutsherausgabeakt anzugreifen und beauftragten daher den Massaverwalter, klagend gegen die Eheleute Möri aufzutreten. Der daherigen Klage entnehmen wir folgende Rechtsbegehren:

Es sei der unterm 7. Juni 1870 zwischen den Eheleuten Möri, Wagners in Hermrigen, abgeschlossene Weibergutsherausgabevertrag in soweit als nichtig zu erklären, als die Ehefrau Möri für ihren Ehemann in demselben Schuldposten im Gesammtbetrag von Fr. 866. 05 zu bezahlen übernommen hat.

Die Eheleute Möri seien schuldig, eine entsprechende Summe der Konkursmasse zur gesetzmäßigen Vertheilung unter die Gläubiger zuzustellen.

In der Hauptvertheidigung brachte die Ehefrau Möri namentlich an: es sei allerdings richtig, daß Pfandrechte, die auf dem Betreibungswege erworben worden seien, durch Erkennen des Geltstages erlöschen, allein dieß treffe im vorliegenden Falle nicht zu, da sie auf Liegenschaften haften, welche sich im Zeitpunkte der Geltstagserkennung nicht mehr im Eigenthum des Möri befunden hatten. Einzelne Gläubiger hätten denn auch die Betreibung fortgesetzt, und die Ehefrau Möri sei genöthigt gewesen, die daherigen Forderungen einzulösen.

Eine Begünstigung und Bevorzugung der Gläubiger, deren Forderungen überbunden worden seien, habe nicht stattgefunden. Diese Gläubiger hatten Pfandrechte auf die Abtretungsgegenstände, welche sie auch nach dem Geltstage des Johannes Möri hätten geltend machen können und die ihnen hinlängliche Sicherheit gewährt hätten. Diese Sicherheit sei durch den Ueberbund nicht vermehrt worden, da die Ueberbundsschuldnerin keine andere Garantie biete, als diejenige, welche in dem abgetretenen Vermögen bestehe, welches ja den betreffenden Gläubigern ohnehin verhaftet gewesen sei. Die Ueberbindung der fraglichen Forderungen habe aus den nämlichen Gründen erfolgen müssen, wie die Ueberbindung derjenigen, die errichtete oder vorbehaltene Pfandrechte besessen hätten, und ohne diese Ueberbünde sei die Sicherstellung der privilegirten Weibergutshälfte der Frau Möri gar nicht möglich gewesen.

Erst- und oberinstanzlich wurden den Geltstagsgläubigern ihre beiden Rechtsbegehren zugesprochen.

Motive:

Daß mit Erkennung des Geltstages alle auf dem Betreibungswege erworbenen Pfandrechte dahinfallen (§ 587 V.-V.), und wenn daher die Ehefrau in einem Weibergutsherausgabevertrag, zumal wenn derselbe unmittelbar vor Anrufung des Geltstages errichtet worden, solche Schulden für ihren Ehemann gültig zu bezahlen übernehmen könnte, die daherigen Gläubiger zum Nachtheil der Masse begünstigt und überhaupt der konkursrechtlichen Anweisung der Gläubiger vorgegriffen würde;

daß das Gesetz über Erläuterungen einiger Bestimmungen des Personenrechtes vom 26. Mai 1848 in § 3 dergleichen

Ueberbünde bestimmt verbietet, indem nach dieser Bestimmung die Ehefrau oder deren Rechtsnachfolger bei Weibergutsherausgaben für den Mehrwerth, der sich nach Berechnung der Hälfte des Zugebrachten herausstellt, keine Verbindlichkeiten des Ehemannes gegen Dritte übernehmen dürfen ꝛc., bei Folge der Nichtigkeit der dieser Bestimmung zuwiderhandelnden Uebereinkünfte;

daß überhaupt die durch S. 105 C. gestattete eigenthümliche Herausgabe der Hälfte des Zugebrachten eine Ausnahme von der Regel (S. 90 C.) bildet, diese Ausnahme nicht weiter ausgedehnt werden darf, als der Zweck des Gesetzes geht, und durch die Bestimmungen des Gesetzes vom 26. Mai 1848 gerade verhindert werden sollte, daß die erwähnte S. 105 C. eine die Rechte der Gläubiger gefährdende Auslegung und Anwendung erhalte (siehe Betrachtungsgründe im Eingange desselben);

daß allerdings die Geltstagsmasse nach § 2 des zitirten Gesetzes berechtigt gewesen wäre, die Admaßamziehung der abgetretenen Liegenschaften zu verlangen, allein deßhalb, weil die Masse, anstatt dieses Recht nun, indem sie die partielle Cassation der Vermögensabtretung nach § 3 des nämlichen Gesetzes verlangt, das mindere Recht geltend macht, die Eheleute Möri keinen Grund sich zu beklagen haben;

daß endlich die stattgefundene Einlösung einzelner Ueberbundsposten durch Frau Möri an den ursprünglichen Rechtsverhältnissen nichts ändern kann.

Anmerkung. Es scheint mir, das Gericht sei zu leicht über die Einwendungen des Anwaltes der Beklagten, Herrn Fürsprech Schwab, hinweggegangen. In Folge der Betreibung hatten die betreffenden Gläubiger ein Pfandrecht an den abgetretenen Liegenschaften erworben und konnten dasselbe gegen jeden Dritten geltend machen, so lange es in Folge Geltstagserkennung nicht dahingefallen war. Ausstellung eines Empfangscheines und Herausgabe der privilegirten Hälfte Weibergut aber war nur vor, nicht aber nach der Erkennung des Geltstages möglich, mithin nur zu einer Zeit, wo das Pfandrecht wirklich bestund. Würde nun der Ehemann seiner Ehefrau die Liegenschaften abgetreten haben ohne Ueberbund, so wäre sie dritte Pfandbesitzerin geworden. Ihr Eigenthum wäre Exekutionsobjekt geblieben, ohne daß ihr ein Gegenwerth geworden wäre, mit andern Worten, die Schuld wäre ihr effektiv aus eigenen Mitteln zu zahlen überbunden worden. Nach dem Urtheil des Appellations- und Kassationshofes hatte mithin die Ehefrau

keine andere Alternative, als entweder auf eine Sicherstellung ihres Vermögens gänzlich zu verzichten, oder aber die Schulden ihres Mannes, wofür die herauszugebenden Gegenstände gepfändet waren, aus eigener Tasche zu zahlen, was gewiß nicht der Wille des Gesetzgebers sein konnte. Man wird auch hier im einzelnen Falle wohl prüfen müssen, ob einzelne Gläubiger durch eine solche Schuldenüberbindung begünstigt und ihnen mehr Rechte eingeräumt worden, als ihnen nach der Lage des Geschäftes zukömmt. Dieß kann im vorliegenden Fall nicht angenommen werden, denn es wurde den betreibenden Gläubigern kein Recht eingeräumt, welches sie nicht schon besessen oder von welchem sie überhaupt ohne Erkennung des Geltstages hätten verdrängt werden können. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, ob das Pfandrecht später dahinfallen konnte oder nicht, sobald es nur damals wirklich bestund und anerkannt werden mußte. In dubio ist das Recht der Ehefrau gewiß so stark, wie dasjenige eines Gläubigers, und es soll ihr die Ausübung desselben nicht unmöglich gemacht werden.

15) Ein im Kanton Waadt abgeschlossener Ehevertrag ist auch im Kanton Bern wirksam, wenn die Eheleute bei Abschluß des Vertrages dort domilizirt waren.

Masse des Valentin Link gegen Charlotte Link geb. Vernaud.

(23. November 1872.)

Den 30. November 1869 schlossen Valentin Link von Grünwettersbach, Großherzogthum Baden, mit Charlotte Vernaud aus dem Kanton Waadt, als Brautleute unter Mitwirkung des Notars Chappuis in Lausanne einen Ehetag ab, worin genau bestimmt wurde, welches Gut als Zugebrachtes und welches als Vorbehaltenes angesehen werden solle. Hierauf gestützt wurden zwar die Gegenstände geschätzt, allein gleichzeitig folgende Uebereinkunft aufgenommen: „Die Eheleute conveniren, daß die Schatzung des Mobiliars keinen Kauf mache, und daß der Ehemann sich nicht als Schuldner der gemachten Schatzung konstituire; im Gegentheil behalte sich die Ehefrau auf diese Gegenstände das Eigenthumsrecht vor, mit der Berechtigung, dieselben in natura zurückzunehmen, und zwar im Zustande, wie sich dieselben befinden auf den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe." Nach vollzogener Ehe — wenn, ist aus dem Urtheile nicht ersichtlich — zogen die Eheleute nach Biel, wo Link am 7. Jenner 1872 verstarb. Ueber seine Verlassenschaft wurde,

nachdem die Ehefrau die Erbschaft ausgeschlagen hatte, die gerichtliche Vereinigung angeordnet. In derselben vindizirte sie nun, gestützt auf den Ehetag, verschiedene Gegenstände — welche, ist nicht ersichtlich — als ihr Eigenthum. Der Massaverwalter beantragte Abweisung, in soweit die Wittwe mehr fordere, als ihr in Art. 5 des Ehetages als vorbehaltenes Gut zugesichert sei; dabei wurde namentlich verneint, daß die in Art. 4 des Ehevertrages bezeichneten und auf Fr. 4008. 35 veranschlagten Gegenstände vorbehaltenes Gut seien und von der Frau Link als ihr Eigenthum in Anspruch genommen werden könnten. Gesetzt, wirft die Hauptvertheidigung ein, die Eheleute Link hätten durch ihren Ehetag convenirt, daß die Schatzung des Mobiliars keinen Kauf mache, und daß der Ehemann sich nicht als Schuldner der gemachten Schatzung konstituire, sondern daß die Frau sich auf diese Gegenstände das Eigenthumsrecht vorbehalte, mit der Berechtigung, dieselben auf den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe in natura zurücknehmen zu können, so werde verneint, daß diese Bestimmung auf den Fall eines Konkurses oder einer gerichtlichen Erbbereinigung Bezug habe, daß es sich in Art. 4 des Ehetages um solche Gegenstände handle, welche nach S. 90 C. vorbehaltenes Gut der Ehefrau sein könnten, und daß die Bestimmung des Ehetags, wonach die in Art. 4 erwähnten Gegenstände der Ehefrau als Eigenthum verbleiben sollten, rechtsgültig und rechtsverbindlich seien. Es werde daher die Verbindlichkeit des Ehetages in dieser Hinsicht bestritten.

Erstinstanzlich wurde die Vindikationsklage der Wittwe Link zugesprochen und das Urtheil oberinstanzlich bestätigt, unter Annahme folgender

Motive:

Daß, wenn im vorliegenden Falle die Gesetze des Kantons Bern entscheiden würden, die fragliche Bestimmung in Art. 4 des Ehevertrages (allfällig mit Ausnahme solcher Gegenstände, welche zum vorbehaltenen Gut gerechnet werden könnten, wie die erwähnten livres de musique et autres) ungültig wäre (S. 93 C.), während dieselbe nach den Gesetzen des Kantons Waadt oder des Großherzogthums Baden, resp. wenn diese Gesetze anwendbar sind, als zu Kraft bestehend anerkannt werden müßte;

daß das Konkordat vom 15. Juli 1822 hier außer Betracht fällt und mit dem Großherzogthum Baden kein Staatsvertrag besteht, wonach Eheverträge u. s. w. den Gesetzen des Heimatortes des Ehemannes unterliegen;

daß S. 4 C. über die vorliegende Frage keine ausreichenden Bestimmungen enthält, zumal sich daraus nicht ergibt, daß die bernischen Gesetze unbedingt auf Rechtsverhältnisse, die im Ausland begründet werden, oder bei denen Ausländer betheiligt sind, zur Anwendung zu bringen sind;

daß der fragliche Vertrag im Kanton Waadt errichtet worden, wo die Kontrahenten damals ihr Domizil hatten und auch das Vermögen, über welches paktirt wurde, sich befand, und derselbe nach dessen Gesetzen zulässig war, somit es sich hier um Rechte handelt, welche im Kanton Waadt nach dessen Gesetzen gültig erworben worden;

daß diese wohlerworbenen Rechte bei uns zu respektiren sind, indem:

a. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche auch das bernische Recht als maßgebend anerkennt (§ 296 P.), die Güterverhältnisse der Ehegatten sich durch die Aenderung ihres Wohnortes, wenn am neuen Wohnort (wie im vorliegenden Fall im Kanton Bern) ein anderes Güterverhältniß gilt, nicht von selbst ändern;
b. keine andern Gründe, wie Betrug u. s. w. vorliegen, aus denen die Gläubiger den Ehevertrag anfechten könnten.

16) Waarenbestellung durch die Ehefrau eines Geltstagers zum Betrieb eines von ihr geführten Geschäftes. Keine wesentliche Kapitalveränderung.

Witschi geb. Wernli gegen Ziegler und Comp.

(29. November 1872.)

Im Herbst 1870 bestellte Frau Witschi, Kostgeberin in Bern, bei den Herren Hünerwadel und Simmen ein Quantum Wein, und zwar durch Vermittlung ihres Ehemannes. Der Fakturabetrag belief sich auf Fr. 646. 60, wovon jedoch die zurückzusendenden Gebinde in Abzug gebracht werden sollten. Zur Zahlung aufgefordert erklärte Frau Witschi, daß sie nicht gesonnen sei, den Wein zu übernehmen, da sie denselben nicht bestellt habe. Ihr Mann sei fallit und sie nicht schuldig, dessen Schulden zu bezahlen; sie wolle es jedoch dessen ungeachtet thun, wenn die Gläubiger ihr Zeit lassen wollen. In einem Nachtrag schütze sie noch vor, sie habe ohnedieß großen Schaden an der Sendung, angeblich weil sie die Waare fast gar nicht hätte brauchen können, und es sei überdieß die Fracht mit Fr. 116

abzuziehen. Inzwischen traten die Versender ihre Forderung an die Herren Ziegler und Comp. ab und diese leiteten sofort die Betreibung ein und traten nach erfolgtem Widerspruch klagend auf.

In ihrer Vertheidigung berief sich die Frau Witschi namentlich darauf, sie habe keinen Wein bestellt, sondern ihr Ehemann, und sie sei daher auch nicht im Falle gewesen, solchen anzunehmen. Ueberdieß sei sie Mutter von drei noch minderjährigen Kindern, und da der Ehemann vergeltstagt sei, so seien sie güterrechtlich getrennt. Sie stehe nun als Ehefrau eines Geltstagers unter den Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1847 und bedürfe zu Kontrahirung von Schulden der Einwilligung ihrer Kinder, diese sei aber nicht eingeholt worden.

Der Appellations- und Kassationshof wies die Frau Witschi mit ihren Einwendungen ab und sprach den Klägern ihr Rechtsbegehren zu.

Motive:

Daß nicht bestritten ist, daß die fragliche Weinlieferung wirklich bestellt und effektuirt worden sei, sondern lediglich, daß Frau Witschi den Wein bestellt habe und dafür verantwortlich sei;

daß letzteres anzunehmen ist, indem:

a. die Beklagte den Wein in Empfang nahm, wie sich aus der Ladkarte ergibt;

b. sie denselben in ihrem Geschäft (Kostgeberei) verbraucht hat, was sich insbesondere aus dem ihre Unterschrift tragenden Briefe vom 4. Februar 1871 ergibt;

c. die Eintragung in die Bücher der Kläger, sowie der Frachtbrief (wenn auch nicht die Faktur) auf deren Namen lautete;

daß eine wesentliche Kapitalveränderung oder Verminderung im Sinne des Art. 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1847 nicht vorliegt, indem:

a. die Wittwe oder Frau eines Geltstagers für den Unterhalt der Familie zu sorgen hat und ebenso nicht gehindert ist, einen Beruf auszuüben, mithin auch die deßhalb eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen muß;

b. ein entsprechender Gegenwerth für die eingegangene Schuld geleistet wurde, welcher durch die Beklagte wiederum verwerthet worden ist.

17) Ein Abtretungsvertrag wird kassirt gestützt auf Art. 598 B.-B. und 224 und 228 St.-G.-Buch.

Tschann-Zerleder und Comp. gegen Masse Finger.

(29. November 1872.)

Wenige Tage vor seiner Geltstagsanrufung trat Abr. Finger seinem Sohne verschiedene Liegenschaften, namentlich eine Bierbrauerei in Aarmühle ab und überband ihm auf Rechnung des Kaufpreises und bis zu Erschöpfung desselben, neben den aufhaftenden Pfandschulden auch solche, welche auf einen privilegirten Rang nicht Anspruch machen konnten.

Gegen diesen Abtretungsvertrag traten die Herren Tschann-Zerleder und Comp. mit einer Klage auf Ungültigkeitserklärung auf, weil Gläubiger, welche ihnen in Rang und Recht nachgehen würden, durch diesen Abtretungsvertrag begünstigt worden seien.

In seiner Hauptvertheidigung bestritt Finger, daß der Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen worden sei, wo der Abtreter sich bereits unter seinen Sachen befunden habe, allein wenn dieß auch der Fall wäre, so sei dieß gleichgültig, indem Art. 224 St.-G.-B. nur Abtretungen unter dem wahren Werthe verbiete, mithin solche zum wahren Werthe gestatte. Nun sei aber der festgesetzte Preis eher zu hoch, als zu niedrig.

Den Herren Tschann-Zerleder und Comp. wurde ihr Rechtsbegehren in beiden Instanzen zugesprochen.

Motive:

Daß schon fraglich sein könnte, ob nicht mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 8 des Gesetzes vom 22. Dezember 1823 die Admassamziehung der abgetretenen Liegenschaft erfolgen müßte;

daß jedenfalls zur Zeit der Abschließung des Abtretungsvertrages Abraham Finger unter seinen Sachen stund, was sich hinlänglich daraus ergibt, daß derselbe drei Tage nachher den Geltstag anrufen mußte und hierauf derselbe gegen ihn erkannt wurde;

daß in diesem Vertrage der Abtreter Abraham Finger mehrere Anforderungen an ihn, welche zugestandenermaßen der Forderung der Herren Tschann-Zerleder und Comp. nachgingen, dem Erwerber zur Bezahlung überbunden und dadurch bewirkt hat, daß die Kaufrestanz, auf welche sonst die Herren Tschann-

Zerleder und Comp. nach ihrem Rang hätten angewiesen werden können und müssen, der Masse entzogen worden ist;

daß somit dadurch die Herren Tschann-Zerleder und Comp. benachtheiligt worden sind;

daß unter diesen Umständen die Bestimmungen der Art. 598 B.-V., 224 und 228 St.-G.-B. zutreffen.

18) Eideszuschiebung wegen angeblich ehrrühriger Thatsachen.

Fr. König gegen Bendicht König.

(28. November 1872.)

In einer Widerklage stellte Bendicht König das Rechtsbegehren: Friedrich König sei ferner schuldig, dem Bend. König das in Art. 18 hienach bezeichnete Tuch zurückzugeben, oder ihm dafür angemessene Entschädigung zu leisten. Zur Begründung führte er an: Er sei Eigenthümer eines Quantums reistenen Garnes gewesen und habe dasselbe bei Niklaus Schläfli in Deißwyl weben lassen. Dieses Tuch sei von seiner Schwester Anna Maria, welche damals bei ihm gewohnt habe, auf die Bleiche gebracht und das Bleichezeichen dafür in Empfang genommen worden. Mit Hülfe desselben habe sie später das Tuch erhoben und es nach Wiggiswyl zu ihrem Manne, dem heutigen Kläger, gebracht, der davon Besitz genommen habe.

Zu diesem Artikel führte der Beklagte als Beweismittel den Eid der Gegenpartei an, zu leisten durch die Ehefrau des Klägers. Gegen die Wahl dieses Beweismittels erhob der Letztere eine Beweiseinrede, weil in dieser Behauptung der Vorwurf liege, seine Ehefrau habe Tuch, das ihr nicht gehört habe, widerrechtlich behändigt und in eigenen Nutzen verwendet, mithin unterschlagen. Diese Behauptung berühre aber die Ehre der Frau Anna Maria König, welcher der Eid zugeschoben worden sei. In erster Instanz wurde die Beweiseinrede zugesprochen, in oberer dagegen abgewiesen.

Motive:

Daß die im Art. 18 aufgestellte Behauptung zwischen B. König und der früher bei ihm wohnenden Schwester Anna Maria König ein Vertragsverhältnis voraussetzt, welches auch

bei Verletzung desselben jede böse Absicht und ebenso den Begriff einer strafbaren Handlung, resp. einer Unterschlagung ausschließt;

daß somit durch die Eideszuschiebung über Art. 18 die Ehre der Eidesdelatin in keiner Weise berührt wird.

(Fortsetzung folgt.)

APERÇU
en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque * sont particuliers au Jura bernois.

Juillet 1872.

1.* *Servitude de passage. — Reconnaissance des chemins ruraux. — Enclave.* — Dans un exposé de demande du mois de Février 1869 les époux Pontignac concluaient contre Joseph Jubin, à ce qu'il soit reconnu: „que le pré du défendeur, sect. E., N⁰ 16 cad., lieu dit „champ de Grandgourt", est sujet, dans sa partie plane comprise entre le talus au nord et le partage dudit champ appartenant actuellement aux demandeurs, à une servitude de passage pour le fruitage et défruitage d'un champ, sect. E., N⁰ 16 cad., appartenant aux demandeurs; à ce qu'en conséquence le défendeur soit condamné à souffrir l'exercice de la dite servitude telle qu'elle a été constamment pratiquée jusqu'aujourd'hui, aux termes de l'acte de reconnaissance des chemins communaux de Courtemaiche, dressé le 2 Septembre 1826." — Les demandeurs appuyaient leurs prétentions notamment sur la reconnaissance des chemins ruraux faite en 1826 par la commune de Courtemaiche et où il est dit que le troisième râteau *Es champs de là* „prendra son chemin sur son bout de vent, traversera le champ de Grandgourt, qui est à son midi, le longera dans la partie inculte, jusqu'à la rencontre du chemin des Grands-champs qu'il suivra"; et que le quatrième râteau, au dit lieu, „prend son chemin sur la partie inculte du champ de Grandgourt pour arriver au chemin des Grands-champs." — Ils alléguaient en outre que le champ, au profit duquels il réclamaient la servitude, n'avait aucun autre débouché sur la voie publique et que le passage réclamé devait se faire sur

la partie plane du pré du défendeur. — Celui-ci contesta en principe tout droit de passage et il fit valoir que s'il était dû un passage, il ne pouvait s'exercer que sur la partie inculte de sa propriété, à l'opposé de l'endroit revendiqué en demande. L'apport des preuves par vue des lieux, expertise et témoins ne fut pas, dans ses résultats, favorable aux prétentions des demandeurs. Le Tribunal de Porrentruy, en première instance, débouta ceux-ci de leurs conclusions, et ce jugement fut, par arrêt du 18 Juillet 1872, confirmé en appel, par l'admission des motifs suivants:

Considérant:

1. Que pour établir l'existence de la servitude de passage formant l'objet du litige, les demandeurs invoquent le procès-verbal de reconnaissance des chemins ruraux de Courtemaiche en date du 2 Septembre 1826;

2. qu'aux termes de cet acte, le chemin destiné à l'exploitation des parcelles sises „à la pointe des Champs-de-là" devait traverser la partie *inculte* du champ de Grandgourt;

3. qu'il ressort de l'audition des témoins que cette partie inculte n'était point la *surface plane* de la propriété du défendeur, soit la partie côté du nord, entre le talus et la ligne séparative des fonds 16b et 16a, mais la partie côté de midi; qu'à cet égard la déclaration isolée de François Maigrot, inconcluante d'ailleurs au vu de l'art. 219, N⁰ 2, C. pr. civ., ne saurait infirmer les autres preuves administrées;

4. que c'est sur la partie plane et non sur la rive de midi que les demandeurs prétendent avoir un droit de passage;

5. qu'il n'y a donc pas corrélation entre leurs conclusions et l'acte produit comme titre constitutif de la servitude, acte donc les énonciations seules doivent faire règle;

6. que si le passage créé en 1826 était insuffisant et ne répondait pas au but de l'ordonnance du 23 Décembre 1816, c'était aux intéressés à se pourvoir par tels moyens que de droit pour qu'une modification fût apportée au tracé primitif, ce qui n'a pas eu lieu; qu'il importe peu dès lors que ce passage soit ou non actuellement praticable;

7. que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par titres (art. 691 C. Civ.); que le mode d'exercice d'une servitude de ce genre ne s'établit pas plus par pres-

cription que la servitude elle-même; qu'ainsi dans le cas où il serait justifié que dès 1826 le passage s'est constamment exercé sur la partie plane du fonds Jubin, dans les limites fixées en demande, ces actes de possession seraient sans valeur légale au procès; que du reste cette preuve n'existe pas; que la procédure constate au contraire que les propriétés dites „Es-champs-de-là" ne s'exploitaient point d'une manière uniforme, que notamment le témoin Xavier Galeuchet déclare avoir passé sur la portion du champ de Grandgourt appartenant aujourd'hui aux époux Pontignac;

8. qu'il n'est pas prouvé non plus que la servitude, telle que la revendiquent les demandeurs, ait été reconnue soit par le défendeur, soit par son prépossesseur Ignace Jubin;

9. que les demandeurs allèguent vainement que le fonds par eux possédé „Es-champs-de-là" est enclavé, et que la voie la plus naturelle et la moins dommageable pour arriver au chemin communal des Grands-Champs traverse la partie de la propriété Jubin décrite dans les conclusions; qu'en effet:

a. s'ils entendaient réclamer un chemin de fruitage et de défruitage pour cause d'enclave, ils devaient s'adresser à l'autorité compétente conformément aux articles 29 et suiv. de l'ordonnance de 1816; c'est alors seulement que le juge eût pu, en cas d'enclave constatée, tenir compte de l'état des lieux et apprécier les difficultés d'exploitation que signalent les demandeurs; or l'action de ces derniers ne tend pas à la fixation d'un chemin, moyennant indemnité, par l'office du juge, mais à la reconnaissance d'une servitude préexistante sur un point déterminé;

b. en supposant que, par suite du partage opéré le 5 Octobre 1827, la parcelle N° 14 ait été privée de toute communication avec la voie publique, il n'y a plus enclave actuelle, puisque les deux fonds autrefois séparés se trouvent de nouveau réunis dans la même main, et qu'en outre les demandeurs sont propriétaires du fonds N° 16a contigu à ladite parcelle et aboutissant au chemin des Grands-Champs. (Epoux Pierre Pontignac contre Joseph Jubin; 18 Juillet.)

2. *Marchandise perdue. — Cas fortuit ou de force majeure.* — En Juin 1870, la maison de commerce Kindler

et Compagnie commanda, à Berne, deux vagons de sucre à la maison Rath et Bredt de Cologne. Le premier vagon était livrable à Cologne le 10 Juillet 1870. La venderesse ne le factura que le 13 Juillet et expédia la marchandise par le chemin de fer de la rive gauche du Rhin, de sorte que, la guerre étant survenue le 16 Juillet, entre la France et l'Allemagne, cette marchandise, à son arrivée à Weissenbourg, fut saisie par les troupes françaises. Les Rath et Bredt n'en attaquèrent pas moins les Kindler et Comp. en payement du prix par fr. 4096. 57. La Cour, saisie directement de l'affaire, reconnut que le cas fortuit ou de force majeure devait être supporté par le propriétaire, que dans l'espèce et à défaut d'une convention spéciale sur l'époque des risques et périls, la propriété de la marchandise n'était transférée à l'acheteur qu'au moment de la livraison, et qu'il en était d'autant plus ainsi, que le vendeur n'avait pas fait l'expédition au jour indiqué par la commande, et qu'il devait s'imputer d'avoir choisi comme voie de transport celle qu'avait prise la marchandise. Les demandeurs furent en conséquence déboutés de leurs conclusions en paiement du prix. (Rath et Bredt contre Kindler et Comp.; 19 Juillet.)

3.° *Bail. — Expulsion avant terme.* — Lorsqu'il est établi que le fermier ne cultive point en bon père de famille, qu'il abandonne la culture, ne garnit point la ferme des bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation, qu'il est négligent dans le payement des canons, en un mot qu'il n'exécute pas fidèlement les conditions du bail, il peut être condamné à quitter les lieux loués même avant l'expiration des 9 ans fixés pour la durée du bail. (Frédéric Aegerten contre Jules Farron; 19 Juillet.)

4. *Créance cédée. — Défaut de notification.* — Le débiteur n'est tenu de payer au cessionnaire qu'autant que la cession a été légalement et régulièrement portée à sa connaissance. Les versements faits de bonne foi au cédant peuvent être opposés au cessionnaire négligent. (J. U. Minder contre B. Gerber; 26 Juillet.)

5. *Livraison non conforme. — Refus de payement.* — Une livraison de marchandise qui n'est pas conforme à la commande, autorise l'acheteur à laisser pour compte l'envoi tout entier, malgré qu'une partie de la marchandise soit loyale et marchande. (Frères Stohmann contre Nordmann; 27 Juillet.)

Août 1872.

6. *Recours contre un tuteur.* — *Responsabilité.* — Le tuteur qui néglige de prendre part à une réunion de créanciers convoquée aux fins de l'art. 566 C. pr. civ., et qui par là occasionne à sa pupille un dommage résultant de sa non collocation sur l'objet réintégré ensuite du procès ou sur la somme équivalente, est tenu, en réparation du dommage causé, d'indemniser sa pupille de la perte qu'elle a subie. (David Wyss contre Anna Barb. Graber; 1er Août.)

7.* *Faillite.* — *Action paulienne.* — *Exception péremptoire.* — Le 16 Août 1855 le fils Tschäppät, aubergiste, ayant été déclaré en faillite, sa masse décida qu'une vente du 30 Mars 1855 qu'il avait passée avec son père, et par laquelle il lui cédait pour fr. 13,314 tous ses meubles et immeubles, serait attaquée comme faite en fraude des droits des créanciers. Pendant nombre d'années cette action en justice demeura suspendue; elle ne fut reprise en 1871, qu'ensuite de l'intervention de l'autorité judiciaire supérieure qui ordonnait dans le Jura la liquidation des vieilles affaires de faillite. La masse s'appuyait sur l'état d'insolvabilité du vendeur et sur l'intention réciproque des parties contractantes de s'avantager au détriment des autres créanciers. La partie Tschäppät père, tout en contestant la fraude, souleva une exception de non recevabilité basée sur la prescription. La Cour nantie directement de cette affaire, débouta tant de l'exception péremptoire que des conclusions au fond, par les motifs suivants:

Considérant:

I. *Quant aux conclusions péremptoires:*

1. Qu'en règle générale les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans (art. 2262 C. c.);

2. que toute exception à ce principe doit se fonder sur un texte précis de la loi;

3. qu'aucune disposition soit du Code civil, soit du Code de commerce, ne justifie la prescription d'un an, invoquée par les défendeurs;

4. que la prescription décennale est pareillement inadmissible; qu'en effet l'art. 1304 C. civ. concerne les actions

en nullité et en rescision ouvertes aux parties contractantes ou à leurs ayants cause, et non les actions révocatoires intentées par des tiers; que dans l'espèce les créanciers de la masse n'agissent pas comme étant au lieu et place de David Tschäppät, pour faire annuler en son nom le contrat intervenu entre lui et les défendeurs; qu'ils procèdent au contraire en leur nom personnel, comme tiers lésés par cet acte; qu'ainsi le délai ordinaire de trente ans leur est seul applicable, et que partant l'action n'est point tardive;

5. que les intérêts mentionnés au quatrième chef des conclusions ne sont pas réclamés en vertu d'une clause de l'acte du 30 Mars 1855, mais à titre d'indemnité se rattachant à l'annulation éventuelle de la vente; que cette réclamation ne rentre pas dès lors dans les termes de l'art. 2277 C. civ.

II. *Quant à la demande principale:*

1. Que la masse demanderesse ne se prévaut point de l'incapacité dont aurait été frappé le failli, par l'effet du dessaisissement, dès la date de l'ouverture de la faillite;

2. qu'à teneur des conclusions et des faits à l'appui, la nullité de l'acte du 30 Mars 1855 est uniquement poursuivie pour cause de *fraude* (art. 444, 447 C. de comm. et 1167 C. civ.);

3. qu'en matière d'aliénations à titre onéreux, l'action révocatoire ne peut être accueillie que s'il y a tout à la fois préjudice constaté et intention frauduleuse de la part du débiteur et de l'acquéreur;

4. qu'il n'est nullement prouvé que les immeubles et le mobilier compris dans l'acte aient été vendus au-dessous de leur valeur réelle; que cette valeur n'est pas établie par expertise et que l'estimation du bilan est à cet égard sans concluance; que du reste la demanderesse admet elle-même le prix fixé, puisqu'à défaut de restitution en nature, elle ne réclame que le paiement en principal de fr. 13,314; que par conséquent sous ce rapport aucun préjudice n'a été causé à la masse;

5. que J. B. Tonneron, à raison de son droit d'hypothèque, primait les autres créanciers; que ceux-ci ne sont donc point lésés par l'attribution à son profit d'une partie du prix de vente; que la délégation des trois créanciers

Berbier, Chételat et Helg ne constituerait une diminution de gage commun au détriment de la masse que si lors du contrat, soit le 30 Mars 1855, David Tschäppät était déjà insolvable, comme le prétend la demanderesse; que la preuve de ce fait ne ressort pas de la procédure; que des sept jugements consulaires relatés en demande deux seuls sont antérieurs au 30 Mars 1855; que le bilan, l'inventaire et les procès-verbaux de vérification mentionnent diverses dettes postérieures à cette date; que de plus les créances de David Tschäppät, ascendant à fr. 4138. 64, ont été cédées par l'administration de la faillite pour une somme approximative de fr. 100; que c'est essentiellement à cette cession qu'est dû le déficit, et que la masse est non-recevable à en tirer argument à l'effet de constater l'insolvabilité du failli;

6. qu'en admettant même que David Tschäppät fût insolvable, il l'ignorait, ainsi que le prouvent les déclarations par lui faites aux agents de la faillite et le bilan déposé entre leurs mains;

6. que rien ne démontre que les défendeurs — si cet état d'isolvabilité existait — en eussent connaissance; qu'il est certain, d'une part, qu'à l'époque de la vente aucune saisie n'avait encore été opérée sur les biens du vendeur, d'autre part, qu'aucun de ses créanciers ne demandait sa mise en faillite;

8. que la preuve d'un concert frauduleux ne résulte ni de la qualité de caution du défendeur Jean Tschäppät, ni du fait que le contrat qui par lui-même faisait foi de sa date, a été immédiatement enregistré, ni de l'erreur commise dans l'acte quant à l'emploi des fr. 600 perçus d'Ignace Helg, puisque cette somme était réellement due, et que dès lors il n'y a pas eu énonciation d'une dette fictive, ni enfin du revers que la demanderesse invoque sans en indiquer le contenu et dont au surplus la force obligatoire est formellement contestée;

9. que la convention, par laquelle le prix de vente était délégué à Tonneron, Berbier et Chételat, s'explique sans peine, ces créanciers ayant fourni les fonds nécessaires à la construction de la maison vendue;

10. qu'il est établi en outre:

a. que les acquéreurs ont effectué les paiements mis à leur charge;

b. que par sommation du 20 Avril 1855, puis par voies judiciaires, Jean Tschäppät a réclamé du vendeur l'exécution du contrat;

c. que David Tschäppät n'a pas livré le mobilier vendu, ni fait état du produit des vins dont il devait rendre compte, d'où il suit que les défendeurs sont en perte;

11. qu'à ces indices exclusifs de toute manœuvre frauduleuse se joint, comme présomption en faveur des défendeurs, l'inaction de la partie demanderesse depuis le contrat d'union et notamment depuis la tentative de conciliation du 24 Octobre 1859;

12. qu'ainsi les conditions requises pour la justification de la demande font défaut;

P. C. M.

La Cour déboute les défendeurs de leurs conclusions péremptoires, et déboute également la masse de ses conclusions principales en nullité de la vente du 30 Mars 1855 (Syndicat de la faillite de David Tschäppät contre les époux Tschäppät; 9 Août).

Observation. L'opinion contraire à celle ci-dessus avait beaucoup pour elle; l'ouverture de la faillite avait été reportée à une date antérieure à la vente; celle-ci comprenait la totalité de l'avoir du failli et elle était faite de manière à garantir le père de certaines éventualités de cautionnement, etc. On pouvait dès lors au vu des actes admettre qu'il y avait entre les parties contractantes un concert frauduleux au détriment des chirographaires, dont les créances mêmes remontaient pour la plupart à une époque voisine du jour de la vente. Ce qui laisse planer un mauvais jour sur les droits de la masse, c'est que le délai qui s'est écoulé entre l'ouverture de la faillite et la continuation de l'instance en nullité, a été d'une longueur inexcusable de la part de celui qui a des prétentions justifiables.

8. *Vin livré.* — *Refus.* — Une marchandise avariée et où il y a du déchet peut être refusée à son arrivée en gare, et depuis ce moment elle reste aux risques et périls du vendeur ou de l'expéditeur. (Bader et Comp. contre J. Glauser; 10 Août.)

9.* *Opposition à collocation. — Restitution de défaut. — Incidents.* — Eugénie Vuillemin avait poursuivi François Guenat, en vertu d'un jugement inscrit aux hypothèques. Elle fit saisir sur son débiteur un cheval et un char qui ne furent pas vendus au jour fixé pour l'adjudication. Plus tard, les immeubles de Guenat ayant été expropriés, la fille Vuillemin produisit à l'ordre et elle fut colloqée pour le montant de sa réclamation dans le projet dressé au greffe le 25 Janvier 1871. Guenat, estimant qu'il y avait irrégularité et que sa créancière était induement colloquée sur les immeubles, puis quelle était censée être payée au moyen de la saisie mobilière, attaqua le projet d'ordre par opposition du 23 Février 1871, qui ne fut toutefois notifiée avec assignation que le 10 Mars suivant. A l'audience fixée, la défenderesse en opposition souleva une exception péremptoire basée sur ce que le délai de 14 jours prévu par l'art. 541 C. pr. civ. n'ayant pas été observé, l'opposition n'était plus recevable. Guenat, sans autre formalité préalable, conclut à ce qu'il soit restitué du défaut de l'observation du délai en question. Au lieu d'en rester là et de faire statuer d'abord et séparément sur ces deux incidents, les parties poursuivirent le procès sur le tout, et le juge statua sur les divers chefs de conclusions incidentes et principales. La Cour par un arret du 15 Août 1872 réforma ce jugement en écartant la demande en restitution, et adjugea l'exception péremptoire, par les motifs suivants:

Considérant:

1. . . . .

2. que les règles, tracées par les art. 96 et suiv. C. pr. civ. bern. pour se faire relever d'un défaut encouru, s'appliquent par analogie en matière d'opposition à liquidation;

3. que toutefois et pour participer à ce bénéfice de la loi, celui qui veut en faire usage doit se conformer aux prescriptions dudit Code;

5. que l'art. 97 C. pr. civ. exige, à peine de déchéance, de la part de celui qui veut se faire restituer, une notification formelle à son adversaire de son intention lorsque terme est fixé pour la continuation de la procédure, et une assignation lorsqu'il n'y a pas de terme fixé;

5. que la demande en restitution forme un incident qui a pour résultat de rétablir en procédure la position respec-

tive des parties litigantes, et que par sa nature cet incident doit être traité séparément et non cumulativement avec le procès lui-même;

6. que dans l'espèce la notification voulue par l'article 97 C. pr. civ. n'a eu lieu ni au moment de l'introduction de l'instance en opposition, ni depuis le 12 Août, où l'exception péremptoire était soulevée, ni même à l'occasion de la reprise d'instance du 20 Septembre 1871;

7. que ce mode de procéder de la part de Guenat est irrégulier et qu'il rend inadmissible et en tout cas non fondée sa demande en restitution;

8. qu'en conséquence de ce rejet, les conclusions de l'exception péremptoire se trouvent justifiées. (Eugénie Vuillemin contre François Guenat! 15 Août.)

10.* *Vente de bois pour le compte d'autrui.* — Le marché écrit ne prouve qu'autant qu'il est opposable à celui pour lequel on dit agir. Ce principe a été admis dans une affaire où un nommé Poulet se disant agir au nom de Stracmann et Comp. avait acheté des bois de chêne de Louis Béchaux. Celui-ci ayant actionné les Stracmann et Comp. fut débouté de sa demande en première et en seconde instance.

Motifs:

1. Que d'après sa propre déclaration le demandeur n'a pas traité directement avec les défendeurs:

2. que le marché servant de base à la demande est intervenu entre lui et le Sieur Poulet;

3. que cette convention ne serait obligatoire pour Stracmann et Comp. que si le Sieur Poulet était leur mandataire, ou si, à défaut de mandat, les défendeurs l'avaient ratifiée (art. 1984, 1998 C. civ.);

4. que la preuve d'un mandat, soit exprès, soit tacite, n'est point rapportée; qu'en effet:

a. le témoin Marchet, représentant de Stracmann et Comp., déclare que Poulet n'a jamais été chargé par eux d'acheter les chênes en litige;

b. de la déposition du Sieur Poulet il ressort que celui-ci a reçu, non des défendeurs, mais d'un nommé Gurnet, commission de faire cet achat;

c. il n'est ni allégué, ni établi que Gurnet eût pouvoir d'agir au nom de la société défenderesse;

d. bien que Poulet fut employé de Straemann et Comp., sa qualité de marqueur ne lui conférait pas le droit de conclure des marchés pour leur compte;

5. que, loin de ratifier l'acquisitien du 3 Décembre 1870, les défendeurs ont opposé un refus formel aux diverses réclamations du demandeur;

6. qu'ils dénient avoir été informés par Poulet de ladite acquisition, et que leur dénégation est expressément corroborée par le témoignage du Sieur Marchet;

7. que le demandeur ne peut invoquer contre eux l'absence de réponse à sa lettre du 28 Avril 1871, puisqu'il n'est pas constant qu'elle leur soit parvenue;

8. qu'en supposant même que le Sieur Straemann eût pour son compte personnel adhéré au contrat, cette ratification ne lierait nullement la Société Straemann et Comp., partie défenderesse en cause; qu'au reste l'audition des témoins Poulet et Goffinet constate qu'il n'y a pas eu acceptation de la part de Straemann. (Louis Béchaux contre Straemann et Comp.; 15 Août.)

11.* *Affaire de commerce. — Exception fori-déclinatoire.* — Un particulier qui n'est pas désigné comme négociant, mais qui fait un achat de vins d'une quantité telle que évidemment cet achat n'a été conclu qu'en vue d'une spéculation ou d'une opération de commerce, peut être recherché devant la juridiction commerciale. (Joseph Voirol contre Arnand-Depagneux; 16 Août.)

12.* *Déchéance après réforme. — Demande en restitution. — Exception de non recevabilité.* — La Compagnie du chemin de fer du P. D. avait, par un exposé de demande du 4 Août 1871, actionné la commune bourgeoise de Courgenay en versement de fr. 38,000, qu'elle avait souscrits comme actions de la ligne du P. D. Le 9 Novembre 1871 la commune déclara réformer la procédure. L'état de frais, modéré par le Juge, lui fut notifié le 23 Novembre suivant, mais jusqu'en Janvier 1872 la commune ne paya pas ces frais. Elle fut alors citée pour voir déclarer que, conformément à l'art. 72 C. pr. civ., sa négligence équivaut à un désistement formel sur la question en litige. A l'audience

fixée elle demanda a se faire restituer du défaut encouru. La Compagnie du P. D. prit des conclusions péremptoires contre l'admissibilité de cette restitution. Le Juge de première instance adjugea les conclusions en non recevabilité et celles en déchéance, et ce prononcé fut confirmé en appel.

Motifs:

1. Que celui qui veut profiter du bénéfice de la restitution doit se conformer aux dispositions formelles des articles 96 et suiv. C. pr. civ. b., puisque par là il retablit les choses dans l'état où elles se trouvaient avant le défaut encouru;

2. que l'art. 97 dudit Code est impératif, en ce qu'il exige à peine de déchéance, de la part du plaideur qui a l'intention de se faire restituer, une notification à sa partie adverse, soit avant le terme fixé, soit dans un délai déterminé;

3. que dans l'espèce, et malgré la connaissance que la commune de Courgenay a eue de la non observation des prescriptions de l'art. 70 C. pr. civ., elle ne s'est mise en règle ni après le 21 Décembre 1871, ni depuis l'introduction de l'instance actuelle;

4. que sa demande en restitution est par conséquent non recevable;

5. qu'au fond l'art. 72 C. pr. civ. n'a pas été observé, et que cette informalité entraîne les conséquences requises par les conclusions au principal. (Commune de Courgenay contre Compagnie du Porrentruy-Delle; 17 Août.)

Observation. Par les deux arrêts qui précèdent des 15 et 17 Août 1872, la jurisprudence de la Cour nous parait constante sur les règles de l'art. 97 C. pr. civ. Il ne suffit pas pour la recevabilité de la restitution de se présenter à l'audience et de conclure. Cet incident doit être précédé d'une notification dans le délai légal, avec assignation s'il n'y a pas terme fixé, et avant ce terme lorsqu'il est fixé. D'un autre côté, l'incident de restitution doit être traité à part et préalablement. Comme il a pour but de réintégrer la partie défaillante dans la position qu'elle occupait au procès avant le défaut encouru, il suspend, pour ainsi dire, l'application de la maxime éventuelle, et il est prudent dès lors de réquérir à ce qu'il ne soit procédé ultérieurement au fond, qu'après la solution de l'incident en restitution de défaut. F.

Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.

Mai 1873.

1) Handelt es sich um Ungültigkeitserklärung einer Ehe, so ist es nicht entscheidend, daß sich der beklagte Theil dem Klagschluß unterziehe.

Urtheil vom 19. Mai.

Josef Leonz Büchi, Gärtner, von Unterehrendingen, verehelichte sich im Jahr 1868 mit Johanna Martin geb. Ledon in Paris, ohne zuvor in seiner Heimatgemeinde die gesetzlichen Präftanden zu leisten nnd ohne der heimatlichen Behörde von der Verehelichung irgendwelche Kenntniß zukommen zu lassen. Der Gemeinderath von Unterehrendingen stellte nun, gestützt auf die Behauptung, daß die Ehe nach den §§ 86—91 des B.=G. nichtig sei, das Klagbegehren, daß die Ehe als ungültig erklärt werden möchte. Der Gemeinderath fügte bei, daß er deßhalb Klage führe, um künftigen Schwierigkeiten und Nachtheilen für die Gemeinde vorzubeugen.

Der Beklagte, der sich nicht mehr in Paris befindet, entgegnete, daß seine Ehefrau Paris nicht verlassen und er nie dorthin zurückkehre, und daß er nichts dagegen einzuwenden habe, daß die Ehe, welche kinderlos sei, richterlich als ungültig erklärt werde.

Im Falle handelt es sich nicht um ein Streitobjekt, welches unbedingt der Verfügungsgewalt der Parteien anheimgestellt ist, sondern um ein Objekt, welches theilweise dem Gebiete des Privatrechts und theilweise dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehört, und ist deßhalb der Richter, ohne Rücksicht darauf, daß Büchi sich dem Klagbegehren unterzogen, gehalten, die Sache seiner Prüfung zu unterstellen. Nun kommt, abgesehen davon, daß der Streit geführt werde, ohne daß die angebliche Ehefrau Büchi, die doch ebenfalls als interessirt erscheint, an demselben Theil nehme, ja ohne daß sie vom Klagsauftritte nur Kenntniß erhalten habe, vor Allem in Betracht, daß gar nicht nachgewiesen sei, daß die Ehe wirklich eingegangen worden und faktisch bestehe. Das Geständniß des Beklagten, daß er sich verheirathet habe, ist offenbar kein genügender Beweis dafür, daß die Ehe wirklich zu Stande gekommen.

Auf das Klagbegehren wurde daher gar nicht eingetreten. Daß der Richter auf das Begehren des Gemeinderathes von Unterehrendingen nicht eintrat, rechtfertigt sich aber auch noch aus einem andern Grunde. Eine mit Außerachtlassung aller gesetzlichen Vorschriften allfällig eingegangene Ehe ist gar keine Ehe, und darum kann es sich nicht um Ungültigkeitserklärung derselben handeln; dieselbe ist ipso jure ungültig und bedarf es deßhalb keines sie nichtig erklärenden Richterspruches.

2) Eheliches Güterrecht.

Urtheil vom 20. Mai.

Roman Umbricht machte gegen seine Schwägerin Katharina Zehnder geb. Stäckli, welche gegen ihren Ehemann einen Ehescheidungsprozeß geführt hatte und infolge dessen von ihm zeitlich geschieden worden, für während der Dauer des Prozesses und nachher verabreichte Kost, für Logis und andere Leistungen einen Betrag von circa Fr. 400 geltend und belangte dieselbe vermittelst der Klage um Bezahlung dieser Summe.

Die Beklagte entgegnete in erster Linie, daß ihr die Passivlegitimation abgehe und suchte diesen Einwand folgendermaßen zu begründen: Die Ehe zwischen ihr und ihrem Manne sei weder durch Tod noch richterliches Urtheil aufgehoben; der zwischen ihnen gewaltete Civilprozeß habe nur das Resultat gehabt, daß die zeitliche Scheidung auf die Dauer von zwei Jahren ausgesprochen; das eheliche Güterrecht aber sei durch das Scheidungsurtheil nicht berührt worden; die Beklagte sei daher weder in vermögensrechtlicher, noch in anderer Beziehung selbstständig geworden; sie habe sich unter gesetzlicher Vertretung ihres Ehemannes befunden und befinde sich noch darunter, um so mehr, als die Dauer der zeitlichen Scheidung längst abgelaufen und eine definitive Scheidung nie ausgesprochen worden; sie habe sich also nicht verpflichten können und dürfe sie weder in aktiver, noch passiver Rolle selbstständig vor Gericht treten; die Klage hätte daher nicht gegen sie, sondern gegen ihren Ehemann gerichtet werden sollen.

Hinsichtlich dieses Einwandes der Beklagten ergibt sich Folgendes:

In § 51 des B.-G. wird als Regel aufgestellt, daß der Ehemann verpflichtet sei, seine Frau in seinen Wohnsitz aufzunehmen, ihr Schutz und Unterhalt zu gewähren und sie in rechtlichen Angelegenheiten, bezüglich welcher nichts Besonderes

vorgeschrieben ist, zu vertreten. Dieses Verhältniß wird aber theilweise verändert durch Anhebung eines Ehescheidungsstreites, und es kann in diesem Falle die Frau verlangen, daß ihr ein Haus bezeichnet werde, in welchem sie während der Dauer des Scheidungsprozesses ihren Wohnsitz nehmen soll, und daß der Ehemann ihren Unterhalt auch außer dem Hause zu besorgen habe, § 139 des B.-G. Daß in einem solchen Falle eine mit Bewilligung des Gerichts von ihrem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau wenigstens in gewissen Richtungen Handlungs- und Verpflichtungsfähig gewesen und verbindliche Handlungen habe vornehmen und gültige Verträge in Bezug auf ihren Lebensunterhalt habe abschließen können, folgt aus der Natur der Sache selbst, läßt sich übrigens auch aus den positiven Gesetzen nachweisen. § 395 P.-B.-G. schreibt vor, daß eine Weibsperson ihre Einkünfte selbst beziehen und frei darüber verfügen könne, woraus gefolgert werden muß, daß auch zur Zeit, da das Institut der Beistandschaft noch ein allgemeines gewesen, eine vom Ehemanne getrennt lebende Frau in Bezug auf das ihr gerichtlich gesprochene Unterhaltungsgeld freie Verfügung gehabt und sich daher auch hinsichtlich ihres Unterhaltes ohne Mitwirkung des Beistandes oder des Ehemannes habe verpflichten können. Das soeben Gesagte findet auf die Beklagte Anwendung, da ihr Ehescheidungsprozeß in die Zeit gefallen, wo die §§ 393—412 B.-G. über die Beistandschaft noch allgemeine Gültigkeit hatten. Wollte man übrigens in dieser Beziehung auch einem andern Grundsatze huldigen und eine Frau unter solchen Umständen nicht für sich allein als verpflichtungsfähig ansehen, so dürfte man doch nie und nimmer hiefür den Consens des mit der Frau im offenen Streite lebenden Mannes, sondern höchstens die Einwilligung des Beistandes verlangen. Nun wird aber von Seite der Beklagten mit keinem Wort darauf aufmerksam gemacht, daß der Beistand zu den bezüglichen Handlungen nicht eingewilligt habe.

3) Verpfründungsvertrag.

Urtheil vom 20. Mai.

Isak Amsler von Denspüren errichtete als Vormund des Daniel Senn mit Ulrich Faßler daselbst einen Verpfändungsvertrag, wonach sich Faßler gegen Ueberlassung des Vermögens des Senn verpflichtete, den letztern lebenslänglich mit allen Lebensbedürfnissen zu versehen. Im Weitern würde bestimmt, daß der Vormund den Mündel auf Kosten des Pfrnndgebers

anderwärts verpflegen lassen könne, wenn — worüber die Waisenbehörde zu entscheiden habe — der Pfrundnehmer nicht gut gehalten werden sollte; ferner daß das Kapitalvermögen des Mündels bis zu dessen Absterben als Sicherheit für gute Verpflegung bei der Ersparnißkasse Denspüren stehen bleiben müsse; endlich, daß der Pfrundgeber nach dem Ableben des D. Senn Fr. 500 an das Armengut Denspüren auszurichten habe.

Dieser Vertrag, der waisenamtlich genehmigt worden, wurde dem Bezirksgericht eingereicht, damit es im Sinne des § 967 des a. b. G. seines Amtes handle, resp. die Publikation desselben anordne.

Das Bezirksgericht wies jedoch den Vertrag zurück, wesentlich von der Erwägung geleitet, daß die Verpfründung eines Bevormundeten unzulässig sei. Allein diese Auffassung ist weder im Gesetze, noch in der Praxis, noch in der Natur der Sache begründet. Der Verpfründungsvertrag dient seinem Wesen nach vornehmlich dazu, Personen ohne Familie, deren Erwerbsfähigkeit durch Alter oder Gebrechen einerseits beeinträchtigt ist, während anderseits der Vermögensertrag zur Bestreitung der nöthigen Lebensbedürfnisse nicht ausreicht, lebenslänglich zu versorgen. Nun weist gerade die Klasse der Bevormundeten eine beträchtliche Zahl solcher Pfrundsbedürftiger auf, und was liegt nun näher, als daß solche Schutzbefohlenen, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen auf fremde Obsorge angewiesen sind und weder den nöthigen Erwerb noch genügendes Vermögen haben, um ohne Inanspruchnahme des Kapitals das Leben zu fristen, wo möglich verpfründet und so vor Noth und Elend in spätern Tagen geschützt werden?

Das Bezirksgericht beruft sich zur Begründung seines Entscheides auf § 306 des a. b.-G. und interpretirt diese Stelle dahin, daß sie dem Vormunde zur Pflicht mache, für den ungeschmälerten Bestand des Vermögens zu sorgen, und daß es dieser Pflicht widerstreite, auf dem Wege des Verpfründungsvertrages auf das ganze Vermögen zu verzichten. Allein diese Vorschrift verbietet die Schmälerung des Vermögens keineswegs, sondern macht den Vormund bloß verantwortlich für die richtige, gesetzmäßige Verwaltung desselben. Die Schmälerung des Vermögens des Bevormundeten ist aber nicht nur nicht verboten, sondern § 309 des B.-G. gestattet im Gegentheil, daß in dem Falle, wo die Einkünfte zu Bestreitung der Kosten, wodurch der Schutzbefohlene in einen fortdauernden Nahrungsstand versetzt werden soll, nicht zureichen, mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde auch das Hauptgut angegriffen werden dürfe.

Es wurde daher entschieden, daß die Rückweisung des Vertrages aus dem vom Bezirksgericht angeführten Grunde nicht gerechtfertigt sei; dagegen wurde dem Vormunde aufgegeben, den Vertrag mit Umgehung des Gemeinderathes von Denspüren der nächsten Oberwaisenbehörde vorzulegen, indem man annahm, es gehe nicht an, daß der Gemeinderath einerseits als Organ der Bürgergemeinde und Vertreter der fiskalischen Interessen derselben sich zu Handen des Armenguts Fr. 500 versprechen lasse, anderseits dann aber als Waisenbehörde und Vertreter der Interessen des Schutzbefohlenen den Vertrag der eigenen Prüfung und Genehmigung unterstelle.

4) Provokationsklage. (Rechtliche Wirkung des Erbschaftsantritts.)

Urtheil vom 21. Mai.

Nachdem den Erben der im Jahr 1872 verstorbenen Wittwe Ruf von Reckingen das beneficium inventarii bewilligt und ausgeschrieben worden, meldete Fintan Schäuble, der Ehemann einer Tochter der Erblasserin und also Miterbe, eine Forderung von Fr. 1476 an, was einen der Söhne der Barbara Ruf, Jakob Ruf mit Namen, veranlaßte, beim Bezirksgericht ein Aufforderungsgesuch anhängig zu machen, mit dem Begehren, daß dem Fintan Schäuble eine Frist bestimmt werde, die angemeldete Forderung vermittelst der Klage geltend zu machen.

Fintan Schäuble bestritt das Provokationsgesuch, indem er entgegnete, daß der Provokant zur Anhängigmachung des Aufforderungsgesuches nicht legitimirt sei, da er die Erbschaft noch nicht angetreten habe und Niemand verhalten werden könne, gegen eine noch nicht angetretene Erbschaft Klage zu führen.

Der Provokant gibt zu, daß er den Erbschaftsantritt noch nicht erklärt habe, er will denselben nicht erklären, bis über die Rechtmäßigkeit der Forderung des Provokaten entschieden worden; er glaubt aber, als bloß berufener Erbe zur Provokation berechtigt zu sein. Allein diese Ansicht entbehrt jeder juristischen Konsequenz. Die Berührung, welche in der Anmeldung der fraglichen Forderung liegt, geht gegen die Erbschaft, resp. gegen die Erben der Barbara Ruf. Es steht daher auch nur den Erben das Recht zu, diejenigen, welche infolge der Publikation des amtlichen Güterverzeichnisses Forderungen angemeldet, zur Klaganhebung aufzufordern. Nun ist aber noch gar nicht ausgemittelt,

wer Erbe sei und wer die Erbschaft zu vertreten habe. Auch der Provokant ist noch nicht als Erbe anzusehen und fehlt ihm deßhalb die Legitimation zu dem eingereichten Provokationsgesuche. Daß der Provokant noch nicht Erbe sei, kann wohl nicht bezweifelt werden. Als Sohn der Wittwe Ruf ist er, da dieselbe kein Testament hinterlassen, allerdings zur Erbschaft berufen, allein das aargauische Recht kennt das altrömische Institut der nothwendigen Erben (heredes necessarii), welche ipso jure mit dem Tode des Erblassers wirkliche Erben werden, nicht, sondern es schreibt § 867 in Uebereinstimmung mit dem spätern römischen Recht ausdrücklich vor, daß der Erbberechtigte erst mit der Annahme wirklicher Erbe werde.

Das Provokationsgesuch wurde daher als unstatthaft abgewiesen.

Kreisschreiben des Bundesrathes
vom 10. Merz 1873.

Der Bundesrath hat sich veranlaßt gesehen, die Kantonsregierungen an den Artikel 10 der Bundesverfassung, betreffend den amtlichen Verkehr zwischen den Kantonen und den auswärtigen Regierungen, zu erinnern mit folgendem Kreisschreiben:

„Getreue, liebe Eidgenossen!

„Wir haben in jüngster Zeit die Wahrnehmung gemacht, daß die Kantonsregierungen und die ihnen untergeordneten Amtsstellen den Artikel 10 der Bundesverfassung, nach welchem der amtliche Verkehr zwischen den Kantonen und den fremden Regierungen oder deren Repräsentanten durch die Vermittlung des Bundesrathes stattzufinden hat, nicht alle in gleicher Weise beobachten.

„Wiederholt haben diplomatische Vertreter, die bei der Eidgenossenschaft akkreditirt sind, Anfragen an uns beantwortet, die durch kantonale Behörden direkt an sie gelangt sind, welche sie nicht kennen, und mit welchen sie nicht in amtliche Beziehungen treten können. Andere haben uns Zuschriften kantonaler Behörden mit dem Ersuchen übersandt, dieselben ihnen durch unsere Vermittlung zukommen zu lassen.

„Wir brauchen Ihnen nicht darzustellen, wie sehr ein solcher Zustand der Dinge das Ansehen der kantonalen Behörden beein-

trächtigt und einen regelmäßigen Geschäftsgang erschwert. Wir wollen nur bemerken, daß wir, die wir mit der Vollziehung der Bestimmungen der Bundesverfassung betraut sind, ein solches anormales Verfahren, welches gelegentlich bedenkliche Folgen nach sich ziehen könnte, in unsern internationalen Beziehungen nicht aufkommen lassen können, und ersuchen Sie daher, den Ihnen untergeordneten Amtsstellen bezügliche Weisungen zu ertheilen."

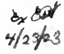
Anzeige.

Das neueste Heft des Gerichtssaales (XXV. 1.) enthält eine treffliche Kritik von Professor Dr. Geyer in München von Iherings Kampf um's Recht. Der paradoxe Satz, daß der Kampf um das subjektive Recht eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und den Staat sei, wird darin auf das richtige Maß zurückgeführt. R.

Mittheilung.

Die erste Nummer des folgenden Bandes wird einen Nekrolog Dr. Bühlers und eine Abhandlung von Professor Dr. Samuely über den Kampf zwischen Schwurgericht und Schöffengericht in Deutschland bringen. Mit derselben wird auch das Register und Titelblatt über Band VIII ausgegeben werden.

Die Redaktion.



Stämpfliche Buchdruckerei in Bern.





